



# UNIVERSIDAD DE LA RIOJA

## TRABAJO FIN DE ESTUDIOS

Título

Delitos contra la indemnidad sexual de los menores

Autor/es

MARTA BLASCO MORO

Director/es

SERGIO PÉREZ GONZÁLEZ

Facultad

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Titulación

Grado en Derecho

Departamento

DERECHO

Curso académico

2019-20



***Delitos contra la indemnidad sexual de los menores***, de MARTA BLASCO  
MORO

(publicada por la Universidad de La Rioja) se difunde bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 3.0 Unported. Permisos que vayan más allá de lo cubierto por esta licencia pueden solicitarse a los titulares del copyright.



**UNIVERSIDAD  
DE LA RIOJA**

**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**TRABAJO DE FIN DE GRADO**

**Grado en Derecho**

**DELITOS CONTRA LA INDEMNIDAD SEXUAL DE  
LOS MENORES**

**Autora: MARTA BLASCO MORO**

**Tutor: Prof. D. SERGIO PÉREZ GONZÁLEZ**

# ÍNDICE

RESUMEN.....	2
1. INTRODUCCIÓN .....	3
2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO .....	4
3. TÍTULO VII DEL CÓDIGO PENAL: DELITOS CONTRA LA INDEMINIDAD SEXUAL.....	9
3. 1. ABUSOS SEXUALES A MAYORES DE DIECISÉIS Y MENORES DE DIECIOCHO.....	9
3.1.1 Abuso sexual fraudulento o de prevalencia .....	9
3. 2. DE LOS ABUSOS Y AGRESIONES SEXUALES A MENORES DE DIECISÉIS AÑOS .....	11
3.2.1 Abuso y agresión sexual a menores .....	11
3.2.2 Nuevas conductas típicas en relación con los abusos sexuales a menores .....	14
3.2.3 <i>Online child grooming</i> .....	16
3.2.4 Edad de consentimiento sexual y cláusula de exclusión de responsabilidad penal .....	20
3. 3. DE LOS DELITOS DE EXHIBICIONISMO Y PROVOCACIÓN SEXUAL .....	20
3.3.1 Exhibicionismo ante menores .....	21
3.3.2 Exposición directa a pornografía .....	22
3.4 DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA PROSTITUCIÓN Y A LA EXPLOTACIÓN SEXUAL Y CORRUPCIÓN DE MENORES .....	24
3.4.1 Prostitución infantil.....	24
3.4.2 Pornografía infantil .....	27
4. EL FUTURO DE LA TUTELA SEXUAL DE LOS MENORES.....	32
5. CONCLUSIONES .....	36
6. BIBLIOGRAFÍA .....	38

## **RESUMEN**

El presente trabajo quiere dar claridad a los problemas doctrinales surgidos en torno al bien jurídico protegido dentro de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual. El análisis sistemático se centrará en los delitos contra la indemnidad sexual, es decir, aquellos contenidos a partir del Capítulo II BIS. Posteriormente se realizará una comparación con lo que se obtendría si finalmente se aprueban y entran en vigor las dos propuestas que modificarían el Código penal en este sentido.

## **ABSTRACT**

This present work aims at giving light to the doctrinal problems arisen over the protected legal good within the crimes against freedom and sexual indemnity. The systematic analysis is focused in crimes against sexual indemnity, that is to say, those crimes contained in the chapter II BIS. Afterwards a comparison is made with what we would obtain if eventually the proposition of law is passed and enters into force which would modify the criminal code.

## **1. INTRODUCCIÓN.**

Dentro del Título VIII del Código penal se encuentran los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Estos han sido objeto de modificaciones tanto en sus aspectos objetivos como subjetivos, pero las discusiones doctrinales, sin duda, han girado siempre en torno al bien jurídico que se protege con su sanción. Cuál o cuáles son, si basta con el bien jurídico de la libertad sexual o es necesario otro como el de la indemnidad sexual, etc. Además de dar claridad a todas esas discusiones doctrinales surgidas desde la vigencia de nuestro Código penal de 1995, este trabajo quiere centrarse en los delitos sexuales contra menores, es decir, aquellos en los que, actualmente, el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual. La evolución social ha provocado que el bien jurídico de estos delitos haya evolucionado también. Otras cuestiones, como por ejemplo la edad de consentimiento sexual, han sido fruto no solo de la evolución social sino de otros agentes externos, lo que supone un debate centrado en la política criminal. Junto con la evolución propia de nuestra sociedad, la evolución legislativa se ha visto influida por las exigencias europeas, generando resultados poco deseados.

El objetivo de este trabajo, por tanto, es intentar clarificar los debates y problemas interpretativos. Analizar cuáles han sido los puntos clave en los que se han centrado los debates doctrinales, cómo han evolucionado los distintos delitos sexuales contra menores, cómo ello ha afectado a la evolución del Código penal en su conjunto, de qué manera ha afectado ello a los principios básicos del derecho penal y, por último, cuál es el futuro de estos delitos.

Para llegar a esto, el trabajo se ha dividido en tres grandes bloques. En el primero, se delimitará el concepto de bien jurídico protegido y, junto con ello, se aclarará cuál es el bien jurídico que se protege en los delitos sexuales contra menores. Dentro de este bloque, el análisis se centrará, como se ha dicho, en las discusiones doctrinales más problemáticas. El segundo bloque irá dirigido al análisis sistemático del Título VIII del Código penal, principalmente a partir del Capítulo II BIS, donde se encuentran los delitos sexuales contra menores. El tercer apartado analizará y comparará lo que tenemos actualmente, con lo que podremos tener en un futuro si entrasen en vigor los Anteproyectos de Ley que modificarían el Código penal en estas cuestiones. Finalmente, las conclusiones recopilarán sucintamente los resultados obtenidos con el trabajo, aportando una valoración final del mismo.

## 2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.

Cuando se habla de bien jurídico protegido se tiende a identificarlo como una realidad social la cual hay que proteger. Se debe afectar efectivamente a ese elemento para entender producido el delito (antijuridicidad material). Al hablar de realidad social es necesario ponerla en relación con la denominada Política Criminal. Ésta se centra en la flexibilidad, utilidad y sobre todo en la funcionalidad del derecho penal, así se justificará la intervención del mismo. Con ella se conseguirá que el derecho penal se ajuste a las necesidades de la sociedad. Peligroso ese ajuste cuando se pone en concordancia con los principios básicos del derecho penal<sup>1</sup>. El principio que aquí merece ser mencionado es el de lesividad, pues es el que señala la diferencia entre el derecho y la moral<sup>2</sup>. Aquel que a su vez hace distinguir entre la antijuridicidad formal y material. La afectación al bien jurídico en los delitos sexuales y, sobre todo cuando nos referimos a aquellos cometidos contra menores de edad, tiene relevancia, pues no está claro entre la doctrina y jurisprudencia cual es el bien jurídico que se protege<sup>3</sup>.

Dentro de los *delitos contra la libertad e indemnidad sexual* contenidos en el Título VIII del Código penal (en lo sucesivo CP) se han producido variaciones en torno al concepto de bien jurídico que se protegía. Hasta 1989<sup>4</sup> se protegía la honestidad, entendida ésta como una especie de moral sexual. Por ejemplo, no se consideraba la relación no consentida entre marido y mujer como delictiva, porque la relación matrimonial impedía la existencia de delito<sup>5</sup>. En la actualidad, la relación de matrimonio no impide la existencia de delito<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> Tal y como señala DIEZ RIPOLLÉS, “se están formando las órdenes de convivencia social en las que el monopolio de la fuerza está condicionada a la persecución de unos objetivos cuya legitimidad deriva del consenso social que los soporta”. DIEZ RIPOLLÉS, “El bien jurídico protegido en un derecho penal garantista”, *Jueces para la democracia*, nº30, 1997, Pág. 10.

<sup>2</sup> DIEZ RIPOLLÉS, “El bien jurídico protegido en un derecho penal garantista”, *Jueces para la democracia*, nº30, 1997, Pág. 12.

<sup>3</sup> Tenemos por un lado la Sentencia Penal nº 90/2010, Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 1, Rea 370/2009 de 17 de Febrero de 2010 que considera al igual que la mayoría de la doctrina que estos delitos sexuales contra menores, se tratan de un delito de acción y de mera actividad, es decir, no requiere de la producción de un resultado.

No obstante, la afección del bien jurídico es necesaria siempre, de ahí las diversas interpretaciones jurisprudenciales, ya que la Sentencia Penal nº 876/2010, Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 7, Rec 60/2010 de 17 de noviembre de 2010, deja ver que una vez comprobado la existencia de menores en el lugar, para entender realizado el daño, no es necesario que los menores observen la conducta tipificada, sino que bastará con que exista el riesgo de que puedan ver dichos actos.

Sin embargo, la misma Audiencia Provincial de Barcelona, en el año 2002, señalaba que lo relevante es *la existencia de conductas lúbricas que tiendan a provocar sexualmente a menores de edad o incapaces, debiendo tratarse de actos cualitativamente graves que persigan involucrar a un menor o incapaz en un contexto sexual inconsciente...*

<sup>4</sup> LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal.

<sup>5</sup> DIAZ MORGADO, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, en M Corcoy Bidasolo, *Manual de derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, Pág. 245.

DIAZ MORGADO, “Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en M. Corcoy Bidasolo, S. Mir Puig, *Comentarios al Código Penal: reforma lo 1/2015 y LO 2/2015*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, Págs. 665 y ss.

<sup>6</sup> STS 436/2008, de 17 de junio de 2008.

A partir de 1989 se produce un distanciamiento de esa protección a la honestidad hasta llegar a los delitos contra la libertad sexual. Esta última aparece como un bien jurídico merecedor de una protección penal específica, no siendo suficiente la protección genérica que se concede a la libertad<sup>7</sup>. Sobre ello no hay discusiones doctrinales abiertas y se entiende por todos que el ataque a este bien jurídico produce un desvalor mayor (mayor incluso cuando se habla de menores de edad<sup>8</sup>) que el producido cuando nos referimos a delitos como el de amenazas, coacciones, etc. Esa libertad general no parece abarcar la libertad sexual de la que venimos hablando y, por tanto, merece una autonomía delictiva incuestionable.

En 1999<sup>9</sup> se introduce el concepto de *indemnidad sexual*. La discusión doctrinal se centra desde esa fecha en la pertinencia del concepto de indemnidad<sup>10</sup>. La mayoría de la doctrina apuesta por defender la indemnidad en un sentido distinto a la libertad cuando se trata de algunos menores<sup>11</sup>. Sin embargo, otros<sup>12</sup> como DIEZ RIPOLLÉS, entienden “innecesaria la inclusión de la indemnidad sexual como objeto de tutela penal, pues el concepto de libertad sexual es suficientemente amplio para comprender a menores e incapaces”<sup>13</sup>. Para estos, en palabras de ROPERO CARRASCO, “la indemnidad solo puede ser entendida en relación con la libertad sexual”<sup>14</sup>. DIEZ RIPOLLÉS también señala que “lo que se protege no es la facultad subjetiva de la persona de ejercer la libertad sexual que ya posee, sino el derecho de toda persona a ejercer la actividad sexual en libertad”<sup>15</sup>.

---

<sup>7</sup> MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, Pág. 190.

<sup>8</sup> RAMON RIBAS, “Capítulo VI: Los delitos de exhibicionismo y provocación sexual. Identificación del bien jurídico protegido incidencia práctica de la elección realizada”, en C. Villacampa Estiarte, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2015 Pág. 193.

<sup>9</sup> LO 11/1999, de 30 de abril.

<sup>10</sup> La referencia a la indemnidad se preveía ya en el Anteproyecto de Nuevo Código penal de 1983 y que “fue formulado en la doctrina española por Cobo del Rosal, a partir del concepto italiano de intangibilidad”. (CABRERA INFANTE, *La victimización sexual de menores en el código penal español y en la política criminal internacional*, Madrid: Dykinson, 2019, Pág.43).

<sup>11</sup> MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, págs. 187 y ss. Una relación de muchas de las contribuciones doctrinales realizadas en este sentido, puede verse CABRERA MARTÍN, *La victimización sexual de los menores en el código penal español y en la política criminal internacional*, Madrid: Dykinson, 2019, Pág. 43 nota 39.

<sup>12</sup> Véase RAMOS TAPIA, “La tipificación de los abusos sexuales a menores: Proyecto de Reforma de 2013 y su adecuación a la Directiva 2011/92/UE”, en Villacampa Estiarte, “*Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores*”, Navarra: Aranzadi, 2015, Págs. 111 y 112.

<sup>13</sup> RAMON RIBAS, “Capítulo VI: “Los delitos...”, op.cit. Pág. 192.

<sup>14</sup> ROPERO CARRASCO, “Reformas penales y política criminal en la protección de la indemnidad sexual de los menores. El Proyecto de 2013”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIV, 2014, Págs. 245-246.

<sup>15</sup> CABRERA MARTÍN, *La victimización sexual...*, op. cit. Pág. 49.



Con ello tenemos actualmente un bien jurídico dual o si se prefiere, dos dimensiones de el mismo: libertad e indemnidad sexual en función del sujeto pasivo<sup>16</sup>. El que menos problemas ha causado, como se ha visto, ha sido la libertad sexual, entendida como la libre determinación de la sexualidad<sup>17</sup>. Dentro de la libertad sexual también se puede hablar de una protección dual. Se protege tanto su vertiente positiva-dinámica como su vertiente negativa-estática<sup>18</sup>. La vertiente positiva se entiende como la facultad o derecho para realizar comportamiento de carácter sexual y voluntario en cualquier circunstancia<sup>19</sup>. La negativa hace referencia al derecho a no soportar, de terceros, actos sexuales no consentidos<sup>20</sup>.

MUÑOZ CONDE<sup>21</sup> advierte la existencia de ciertos tipos de delitos que no se identifican con el bien jurídico de la libertad sexual y que la moral contenida en aquellos no puede constituir per se un bien jurídico autónomo<sup>22</sup>. Sin embargo, sí se afirma la influencia de esta última a la hora de interpretar los tipos de injustos.

De la libertad sexual también puede extraerse que se refiere solamente a los delitos sexuales sobre mayores de edad. Sobre estos se presupone que tienen capacidad suficiente para consentir o no comportamientos sexuales, así como que tienen completada correctamente la formación y desarrollo de su personalidad. Es decir, cuando se protege la libertad sexual, se está dando por hecho que existe en los sujetos pasivos capacidad para decidir y determinar su comportamiento sexual<sup>23</sup>.

Lo que ocurre con la indemnidad sexual es que, si antes se suponía la capacidad de los mayores de edad para determinar su comportamiento sexual, aquí se presume la inexistencia de esa capacidad en cuanto a determinados menores.

Como se ve, siempre se debe poner en relación con determinados menores de edad, puesto que lo que la doctrina mayoritaria señala es que, con la indemnidad sexual se está protegiendo tanto un contacto sexual no consentido (puesto que se entiende que algunos menores no tienen capacidad para prestar

---

<sup>16</sup> DIAZ MORGADO, “Delitos contra...”, op.cit. págs 245 y ss. DIAZ MORGADO, “Título VIII...”, op. cit. Págs. 665 y ss.

<sup>17</sup> DIAZ MORGADO, “Delitos contra...”, op.cit. Págs. 245 y ss.

<sup>18</sup> DIAZ MORGADO, “Delitos contra...”, op.cit. Págs. 245 y ss. DIAZ MORGADO, “Título VIII...”, op. cit. Págs. 665 y ss.

<sup>19</sup> DIAZ MORGADO, “Título VIII...”, op. cit. Pág. 655 y ss.

<sup>20</sup> DIAZ MORGADO, “Título VIII...”, op. cit. Pág. 655 y ss.

<sup>21</sup> MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial...* op.cit. Pág. 190.

<sup>22</sup> Afirmando su autonomía contradice el principio de lesividad. DIEZ RIPOLLES, “*El bien jurídico...*” op.cit. Pág. 18.

<sup>23</sup> RAMON RIBAS, “Capítulo VI: Los delitos...”, op.cit. Pág. 191.

el consentimiento, o dicho de otra forma, el consentimiento en estos casos es irrelevante<sup>24</sup>) y a su vez se protege una interferencia en la formación o desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor<sup>25</sup>.

Todo lo que se ha dicho sobre la indemnidad sexual ha de entenderse que solo se refiere a una serie de delitos, tales como el exhibicionismo o la provocación sexual. En este sentido RAMÓN RIBAS entiende que el término libertad sexual debe aplicarse necesariamente a quienes ya tienen capacidad para decidir y tal capacidad es negada a algunos menores de edad<sup>26</sup>.

Se apunta también que existe un mayor contenido de injusto cuando los sujetos pasivos son menores de edad. Ese fundamento se sostiene por la mayoría de doctrina, es decir, ese mayor contenido de injusto se justifica porque en primer lugar se lesiona de forma actual o presente su indemnidad sexual, su derecho a no ser involucrado en un contexto sexual sin su consentimiento. Y segundo porque se interfiere en su proceso de formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor<sup>27</sup>.

Cuando se hace mención a un grupo de menores al hablar de la indemnidad sexual, RAMÓN RIBAS<sup>28</sup> quiere poner hincapié en la edad de consentimiento sexual de los menores<sup>29</sup>. Es decir, si la edad se encuentra cerca de esta última<sup>30</sup>, el injusto cometido contra ellos es merecedor de superior protección que la proporcionada a los mayores de edad, por considerar que aún su formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad no se ha visto totalmente completado, no obstante, de su libertad sexual<sup>31</sup>. El autor parece distinguir dos rangos de edad entre los menores, aunque la literalidad de los preceptos

---

<sup>24</sup> AGUADO LOPEZ, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en VILLACAMPA ESTIARTE, *“Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores*, Navarra: Aranzadi, 2015, Págs. 195 y ss. Con ello se introduce la paradoja del consentimiento en estos delitos, pues se hace irrelevante el consentimiento en los delitos de exhibicionismo y provocación sexual en el caso de menores de 18 años, es decir, se aplicará el artículo 185 exista o no consentimiento; pero sin embargo los menores con edades comprendidas entre los 16 y 17, podrán, con consentimiento tener relaciones sexuales.

<sup>25</sup> RAMON RIBAS, “Capítulo VI: Los delitos...”, op.cit. Pág. 202.

<sup>26</sup> RAMON RIBAS, “Capítulo VI: Los delitos...”, op.cit. Pág. 191.

<sup>27</sup> RAMON RIBAS, “Capítulo VI: Los delitos...”, op.cit. Págs. 193 y 194.

<sup>28</sup> RAMON RIBAS, “Capítulo VI: Los delitos...”, op.cit. Págs. 202 y ss.

<sup>29</sup> Esta dependerá del momento legislativo al que nos refiramos. A partir de la reforma de 2015 se encuentra en los 16 años.

<sup>30</sup> Por ejemplo la Audiencia Provincial de Zaragoza absuelve de un delito de exhibicionismo ya que la menor estaba próxima a la edad de 16 años, y su comprensión y formación sexual era mayor que si se tratara de menores de edad próximos a la infancia. SAP de Zaragoza nº 90/2010, Audiencia Provincial de Zaragoza, de 17 de febrero, sección 1. Sin embargo, la SAP de Santa Cruz de Tenerife, nº 133/2011, de 4 de marzo, sección segunda, señala que aun cuando la menor estaba próxima más a la infancia que a la adolescencia y que, aunque difícilmente podría entender el significado de la conducta, ello no impidió estimar cometido el delito de exhibicionismo.

Por el contrario, otras sentencias sí consideran relevante la minoría de edad más próxima a la infancia; por ejemplo la SAP de Córdoba, nº 330/2009, de 9 de diciembre, sección tercera, estimó que la escasa edad del menor debe determinar la atipicidad del comportamiento por falta de afección al bien jurídico.

<sup>31</sup> RAMON RIBAS, “Capítulo VI: Los delitos...”, op.cit. Pág. 202.

no permita tal conclusión. Aquellos que apuestan por la introducción del término indemnidad sexual entienden que por debajo de la edad de consentimiento sexual se considera inválido el consentimiento, suponiendo la negación de que la libertad sexual constituyese el bien jurídico en relación con los menores que no hubieran alcanzado dicha edad<sup>32</sup>.

Con todo ello tenemos la dificultad de identificar en cada uno de los delitos contenidos en el Título VIII del CP qué es exactamente lo que se protege y, en su caso, si tal protección es merecedora de la intervención penal o no.

Muchos de los delitos sexuales referidos a menores actualmente se encuentran conceptualizados como delitos de peligro abstracto. Por ejemplo, el denominado delito *online child grooming*, en los que se adelanta la barrera punitiva del derecho penal<sup>33</sup>.

Por ejemplo, en el caso de los delitos de exhibicionismo y provocación sexual de los artículos 185 y 186 del CP, la cuestión que se plantea es si efectivamente son delitos sexuales o no<sup>34</sup>. La doctrina mayoritaria, como se ha ido adelantado, aboga por la inclusión de la indemnidad sexual cuando se habla de este tipo de delitos contra determinados menores. Otros apuestan por identificar el objeto de protección en la intimidad sexual de los menores, así como su bienestar psíquico. Otros incluso, como RAMÓN RIBAS, argumentan a favor del honor o la integridad moral como objeto de protección<sup>35</sup>. De ahí que CABRERA MARTIN señale la dificultad de determinar qué bien jurídico se está protegiendo en cada uno de los delitos sexuales contra menores<sup>36</sup>. La misma autora afirma que en los delitos relativos a la prostitución de menores no hay problema en confirmar que lo que se protege es la libertad sexual; sin embargo, en los denominados delitos de provocación sexual es donde más problemas se han encontrado para sostener la protección de la libertad sexual<sup>37</sup>.

De todo ello se extrae la dificultad que entraña averiguar qué es lo que protegemos en los delitos sexuales contra menores. Si es la libertad sexual suficiente para protegerlos. Si es necesario la inclusión de otro término que amplíe el objeto de protección.

---

<sup>32</sup> CABRERA MARTIN, *La victimización sexual de menores...* op.cit. Pág. 41.

<sup>33</sup> CABRERA MARTIN, *La victimización sexual de menores...* op.cit. Pág. 47.

<sup>34</sup> RAMON RIBAS, “Capítulo VI: Los delitos...”, op.cit. Pág. 197.

<sup>35</sup> RAMON RIBAS, “Capítulo VI: Los delitos...”, op.cit., Pág. 200.

<sup>36</sup> En este sentido, comenta que en determinados delitos es la dignidad o seguridad de la infancia en general, la seguridad en el uso de las TIC o incluso una determinada moral sexual. CABRERA MARTIN, *La victimización sexual de menores...* op.cit. Pág. 47.

<sup>37</sup> CABRERA MARTIN, *La victimización...* op.cit. Págs. 64 y ss.

### 3. TÍTULO VII DEL CÓDIGO PENAL: DELITOS CONTRA LA INDEMINIDAD SEXUAL.

#### 3. 1. ABUSOS SEXUALES A MAYORES DE DIECISÉIS Y MENORES DE DIECIOCHO.

##### 3.1.1 Abuso sexual fraudulento o de prevalencia.

Este tipo delictivo<sup>38</sup> ha permanecido a lo largo de años. Sin embargo, varias son las acepciones que le han acompañado. Con la redacción del CP vigente en 1995 desaparece la denominación de estupro<sup>39</sup> para referirse a este delito y, antes de la reforma de 2015 se hablaba de abuso sexual fraudulento. Así mismo, la reforma producida por la LO 5/2010 se vio influida en términos internacionales. Ésta introdujo cambios significativos relacionados con la redacción de la conducta típica, sustituyendo la expresión *el que cometiere abuso sexual por el que realizare actos de carácter sexual...*<sup>40</sup>.

Analizando sistemáticamente el precepto, se puede extraer que existen dos tipos de abuso sexual, el abuso sexual fraudulento y diferentes modalidades de abuso sexual de prevalimiento<sup>41</sup>. La conducta típica se vio ampliada por conceptos tales como, posición de reconocida confianza, autoridad e influencia sobre la víctima.

Por lo que respecta a las discusiones acerca del mantenimiento del denominado *abuso sexual fraudulento*, MUÑOZ CONDE<sup>42</sup> considera que “actualmente este delito no tiene cabida, salvo que se limite su aplicación a determinados casos en que haya engaño sobre la propia significación sexual del acto o sus consecuencias”<sup>43</sup>. Junto a él, DÍAZ MORGADO indica que no queda del todo claro si el engaño opera como elemento causal determinante de la conducta delictiva o basta con que opere como vicio del consentimiento<sup>44</sup>. CABRERA MARTÍN por su parte afirma la necesidad de que exista una “conducta engañosa que suscite una representación equivocada de la realidad en la víctima”<sup>45</sup>.

---

<sup>38</sup> ART. 182 CP “1. El que interviniendo engaño o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima, realiza actos de carácter sexual con persona mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años.

2. Cuando los actos consistan en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, la pena será de prisión de dos a seis años. La pena se impondrá en su mitad superior si concurriera la circunstancia 3ª, o la 4ª, de las previstas en el artículo 180.1 de este Código”.

<sup>39</sup> Véase GARCÍA FUEYO y GARCÍA SANCHEZ, *Diego de Covarrubias y Leyva: suma de delictis et eorum poenis. Año 1540*, Universidad de Oviedo, 2018, Pág. 153.

<sup>40</sup> CABRERA MARTÍN, *La victimización...* op. cit. Pág. 135.

<sup>41</sup> CABRERA MARTÍN, *La victimización...* op.cit. Pág. 135.

<sup>42</sup> MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal...* op. cit. Pág. 209.

<sup>43</sup> Sin embargo, la interpretación del TS es contraria a la del autor, ya que aplicó este delito en un caso de falsa promesa de compra de un móvil. STS 1143/2011, 28 de Octubre de 2011. En otro sentido RAMOS TAPIA concluye la poca virtualidad práctica del delito de abuso sexual fraudulento en la medida en que la mayoría podrían ser reconducidos al abuso de prevalimiento.

<sup>44</sup> DÍAZ MORGADO, “Título VIII...”, op. cit. Pág. 681.

<sup>45</sup> CABRERA MARTIN, *La victimización...* op. cit. Pág. 136.

Además, la doctrina<sup>46</sup> señala la aparición de diversos problemas concursales en relación con el artículo 181.3 CP (abuso sexual contra víctimas adultas mediando acceso carnal). Estos fueron generados por las exigencias de reforma que demandaba la Directiva 2011/93/UE. Pero tal y como apunta RAMOS TAPIA, la incorporación de dichas exigencias se podrían haber solventado modificando el artículo 181.3CP<sup>47</sup>. Obviando las diferencias<sup>48</sup> entre las conductas típicas de los dos preceptos, la mayor dificultad es la de averiguar en qué circunstancias se aplica uno u otro.

Del artículo 182 CP se extrae que el abuso sexual con prevalimiento tiene una figura agravada en caso de ser menores de edad y el 181.3 CP se mantiene para los adultos<sup>49</sup>. De esta forma, RAMOS TAPIA considera que la aplicación del artículo 181 CP, excluyendo su apartado tercero, tendrá aplicación en abusos sin consentimiento tanto en caso de víctimas adultas como en caso de menores de edad, quedando desplazado su apartado tercero por la aplicación del 182 CP cuando se trate de abusos con prevalimiento en menores de edad<sup>50</sup>.

En este sentido cabe apreciar que en el caso del artículo 182 CP la conducta típica aparece descrita en un sentido más restringido<sup>51</sup> pues se entiende que, para ser aplicado, el sujeto activo ha de ser quien realice actos de carácter sexual con el menor<sup>52</sup>. Y en el caso del artículo 181.3 CP, incluye casos en los que el sujeto activo determina al pasivo para realizar actos con un tercero o sobre su propio cuerpo. Esto también plantea serios problemas de interpretación. Para RAMOS TAPIA, el artículo 182 CP tendrá aplicabilidad en el caso de que se trate de actos sexuales con el menor. En caso de existir actos sexuales del menor, promovidos por el sujeto activo con terceros o con su propio cuerpo, será de aplicación el 181.3 CP<sup>53</sup>.

---

<sup>46</sup> DÍAZ MORGADO, "Título VIII..." op. cit. Pág. 681. CABRERA MARTÍN, *La victimización...* op. cit. Pág. 138. RAMOS TAPIA, "La tipificación de los abusos sexuales a menores..." op. cit. Pág. 133. DÍAZ MORGADO, "Delitos contra la libertad..." op. cit. Pág. 266. RAMOS TAPIA, "La tipificación de los abusos sexuales a menores..." op. cit. Pág. 133.

<sup>47</sup> Sin embargo, TAMARIT SUMALLA no considera que con dicha modificación se hubieran cumplido las exigencias europeas porque tal redacción no supondría un tratamiento singular y autónomo del abuso de menores de edad respecto del de adultos, CABRERA MARTÍN, *"La victimización..."* op. cit. Pág. 138.

<sup>48</sup> Puede verse la relación de diferencias en CABRERA MARTÍN, *"La victimización..."* op. cit. Pág. 139.

<sup>49</sup> CABRERA MARTÍN, *La victimización...* op. cit. Pág. 141.

<sup>50</sup> CABRERA MARTÍN, *La victimización...* op. cit. Pág. 141.

<sup>51</sup> CABRERA MARTÍN, *La victimización...* op. cit. Pág. 135 y 136.

<sup>52</sup> CABRERA MARTÍN, *La victimización...* op. cit. Pág. 136.

<sup>53</sup> DÍAZ MORGADO, "Delitos contra la libertad..." op. cit. Pág. 266. CABRERA MARTÍN, *"La victimización..."* op. cit. Pág. 142.

Por último, también existen incoherencias en cuanto a la pena a imponer. En caso de darse cualquiera de los tipos agravados (artículos 181.4 y 182.2 CP) la pena a imponer será mayor en el caso de víctimas adultas (181.4 CP) que en el caso de menores (182.2 CP)<sup>54</sup>. Esto se debe a que en la agravación del 182.2 CP existe consentimiento, pero está viciado. El legislador entiende que en este último caso no hay un abuso tan visible. Es decir, es menos grave cuando hay consentimiento que cuando no lo hay, aunque la víctima sea mayor de edad. O, dicho de otro modo, es más grave cuando no hay consentimiento que cuando lo hay, aunque este esté viciado, como es el caso de los menores.

### 3. 2. DE LOS ABUSOS Y AGRESIONES SEXUALES A MENORES DE DIECISÉIS AÑOS.

Este capítulo fue creado *ex novo* por la reforma de 2010 para adecuar el ordenamiento jurídico penal español a las exigencias europeas<sup>55</sup>. En 2015 vuelve a reformarse el CP y junto con otras incorporaciones, la más relevante es la elevación de la edad de consentimiento sexual, de trece a dieciséis años.

#### 3.2.1 Abuso y agresión sexual a menores.

---

<sup>54</sup> Para víctimas adultas se establece una horquilla penológica de 4 a 10 años; Para los menores, de 2 a 6 años. Ello parece no concordar con lo que se afirmaba por la doctrina en cuanto al mayor tipo de injusto cuando se trata de delitos sexuales contra menores.

<sup>55</sup> Tales como otorgar un tratamiento diferenciado a las agresiones y abusos en relación con los menores. Directiva 2011/93/UE y el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2008, ratificado por España en 2010. RAMOS TAPIA, “La tipificación de los abusos sexuales a menores...”op. cit. pág 108. CABRERA MARTIN, “La victimización...”op. cit. pág 155.

En primer lugar, en 2015 el tipo básico de abuso sexual (apartado 1 del artículo 183 CP<sup>56</sup>) vuelve a verse modificado en cuanto la conducta típica, haciendo desaparecer el término indemnidad sexual<sup>57</sup>. Además, la modificación restringe el ámbito objetivo del tipo básico de abuso sexual, puesto que se exige que el sujeto activo realice “actos de carácter sexual con un menor”. CABRERA MARTÍN en este sentido, entiende que la exclusión de otras formas delictivas tiene sentido, ya que se ven incluidas en el apartado segundo del tipo cuando se hace referencia a compeler a un menor a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero y compelerle a realizar actos sexuales sobre sí mismo<sup>58</sup>.

La literalidad del artículo 183 apartado primero solo da pie a entender como conducta típica la realización de actos sexuales con un menor. Siendo la agresión sexual (apartado segundo del artículo 183 CP) la que abarca las demás conductas, tales como compeler al menor a realizar actos sexuales con terceros o a realizarlas sobre sí mismo.

Para entender realizado el tipo básico de abuso sexual no es necesario ningún medio comisivo específico. Solamente es necesario que el sujeto activo realice actos sexuales con el menor de dieciséis años. Si la realización de actos sexuales conlleva acceso carnal, hablaríamos del tipo agravado (artículo 183.3 CP<sup>59</sup>).

---

<sup>56</sup> Art. 183 CP “1. El que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años.

2. Cuando los hechos se cometan empleando violencia o intimidación, el responsable será castigado por el delito de agresión sexual a un menor con la pena de cinco a diez años de prisión. Las mismas penas se impondrán cuando mediante violencia o intimidación compeliere a un menor de dieciséis años a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero o a realizarlos sobre sí mismo.

3. Cuando el ataque consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de ocho a doce años, en el caso del apartado 1, y con la pena de doce a quince años, en el caso del apartado 2.

4. Las conductas previstas en los tres apartados anteriores serán castigadas con la pena de prisión correspondiente en su mitad superior cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Cuando el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima, o el hecho de tener un trastorno mental, la hubiera colocado en una situación de total indefensión y en todo caso, cuando sea menor de cuatro años.

b) Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.

c) Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

d) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.

e) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima”

f) Cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal que se dedicare a la realización de tales actividades.

5. En todos los casos previstos en este artículo, cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.”

<sup>57</sup> RAMOS TAPIA ya lo apuntó antes de dicha reforma: “debería suprimirse la alusión a la indemnidad sexual, que resulta inapropiada en cuanto que, tras la reforma de la LO 5/2010 este tipo penal protege exclusivamente la libertad sexual y no la indemnidad sexual...” RAMOS TAPIA, “La tipificación de los abusos sexuales a menores...”op. cit. Pág. 130, CABRERA MARTÍN, *La victimización...*op. cit. Pág. 174.

<sup>58</sup> CABRERA MARTÍN, *La victimización...*op. cit. Pág.175.

<sup>59</sup> CABRERA MARTÍN, *La victimización...*op. cit. Pág.178.

En cuanto a lo que respecta al tipo básico de agresión sexual, remitiendo a lo anterior señalado en cuanto a la conducta típica, es necesario añadir que el tipo exige la concurrencia de violencia<sup>60</sup> o intimidación. Algo que ya se ve en los delitos sexuales genéricos. No obstante, estos dos elementos subjetivos son interpretados con más flexibilidad por parte de la jurisprudencia que en el caso de víctimas adultas<sup>61</sup>. Vemos como en el abuso sexual a menores, solamente se contempla la realización de actos sexuales con un menor. Y en el caso de agresiones sexuales, se amplía la conducta típica para añadir la existencia de terceros o actos sobre el propio cuerpo del menor.

Existen seis circunstancias agravantes<sup>62</sup> dentro de este delito. Tres de ellas coinciden con las agravantes en los delitos sexuales genéricos pero las otras tres no. Estas últimas son por ejemplo el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima u organización delictiva. No obstante la coincidencia entre circunstancias agravantes, se puede apreciar la diferencia en los efectos en el momento de aplicarse. CABRERA MARTÍN señala que en el caso de las circunstancias agravantes para el artículo 180 solamente se pueden aplicar cuando se de agresión sexual y, en caso de abuso solo se le podría aplicar la de especial vulnerabilidad de la víctima. En cambio, cuando opera el artículo 183.4 CP, las circunstancias agravantes se pueden aplicar indistintamente a agresiones y abusos (excepto la de violencia o intimidación que solamente se aplica en caso de agresión sexual<sup>63</sup>). Por otro lado, algunos autores afirman que no hay prevista la hiperagravación en caso de concurrir dos o más circunstancias agravantes, tal y como se prevé en el artículo 180 CP<sup>64</sup>.

Por último, es necesario apuntar junto con RAMOS TAPIA y DÍAZ MORGADO, la carencia de técnica legislativa en cuanto al error en la edad. Al no preverse una modalidad imprudente del delito pueden darse casos de inimputabilidad<sup>65</sup>.

---

<sup>60</sup> El TS en la STS 216/2019, 24 de Abril de 2019 y STS 686/2005, de 2 de junio, entiende que la violencia o intimidación dentro de los delitos sexuales, no lleva consigo de forma imprescindible la existencia de lesiones. En el mismo sentido la STS 749/2010, de 23 de junio, "la violencia a que se refiere el artículo 178 CP ha de estar orientada a conseguir la ejecución de actos de contenido sexual y equivale a acometimiento, coacción o imposición material, al empleo de cualquier medio físico para doblegar la voluntad de la víctima y debe ser apreciada cuando sea idónea y adecuada para impedir a la víctima desenvolverse en su libre determinación, atendiendo a las circunstancias personales y fácticas concurrentes en el caso concreto" Por otro lado en la STS 103/2010, de 27 de febrero de 2012, se equipara la violencia con la intimidación.

<sup>61</sup> CABRERA MARTÍN, *La victimización...* op. cit. Pág.180.

<sup>62</sup> RAMOS TAPIA contempla la posibilidad de añadir una agravación por daños psicológicos, véase en este sentido RAMOS TAPIA, "La tipificación de los abusos sexuales a menores..." op. cit. Pág.136.

<sup>63</sup> CABRERA MARTÍN, *La victimización...* op. cit. Pág.183 y 184.

<sup>64</sup> MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial...* op. cit. Pág.212, CABRERA MARTÍN, *La victimización...* op. cit. Pág.184.

<sup>65</sup> La jurisprudencia ha paliado dicha consecuencia ampliando el dolo eventual. DIAZ MORGADO, "Título VIII..." op. cit. Pág. 684, RAMOS TAPIA, "La tipificación de los abusos sexuales a menores..." op. cit. Pág. 117.



### 3.2.2 Nuevas conductas típicas en relación con los abusos sexuales a menores.

La reforma de 2015, como ya se apuntó, modificó sustancialmente el contenido del Capítulo II BIS y, por ende, el artículo 183 bis<sup>66</sup>. La doctrina señala que viene a sustituir al anterior delito de corrupción de menores<sup>67</sup>. Así mismo, la reforma trasladó el delito de *child grooming* al apartado ter del mismo artículo, incorporando en el bis nuevas conductas delictivas<sup>68</sup>.

En primer lugar, se aprecia que el sujeto pasivo solamente puede serlo el menor de dieciséis años, excluyendo a las personas con discapacidad necesitadas de protección<sup>69</sup>. Por otro lado, las conductas típicas no están exentas de dificultades interpretativas y de solapamientos, concretamente con los delitos de exhibicionismo y provocación sexual contenidos en los artículos 185 y 186 respectivamente<sup>70</sup>. La primera de ellas hace referencia a “determinar a un menor de dieciséis años, con fines sexuales, a participar en un comportamiento de naturaleza sexual”. Lo que ha de tenerse en cuenta es que se trata de determinarle sin violencia o intimidación. Pues en caso contrario, tal y como señala MUÑOZ CONDE, debería aplicarse el 183.2 CP<sup>71</sup>.

Por otro lado, se ha suprimido el requisito de que el comportamiento perjudique al desarrollo o evolución de la personalidad del menor<sup>72</sup> pero se ha introducido un elemento subjetivo adicional al dolo: con fines sexuales<sup>73</sup>. Esto lleva a plantearse en la doctrina si ha de residir en todas las conductas o solamente en la primera. Si se atiende a la literalidad de la Directiva 2011/93/UE, “culpable” de su introducción, se puede extraer que se refiere a todas las conductas contenidas en el delito<sup>74</sup>.

---

<sup>66</sup> Art. 183 BIS “El que, con fines sexuales, determine a un menor de dieciséis años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual, o le haga presenciar actos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años.

Si le hubiera hecho presenciar abusos sexuales, aunque el autor no hubiera participado en ellos, se impondrá una pena de prisión de uno a tres años”.

<sup>67</sup> CABRERA MARTÍN señala su falta de taxatividad, de ahí que su eliminación fuese favorable, CABRERA MARTÍN, *La victimización...* op. cit. Pág. 190.

<sup>68</sup> DÍAZ MORGADO, “Título VIII...” op. cit. Pág. 687, DÍAZ MORGADO, “Delitos...” op. cit. Pág.268, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial...* op. cit. Pág.213.

<sup>69</sup> DÍAZ MORGADO, “Delitos...” op. cit. Pág. 268.

<sup>70</sup> DÍAZ MORGADO, “Título VIII...” op. cit. Pág. 687.

<sup>71</sup> En el mismo sentido se posiciona DÍAZ MORGADO aludiendo a la agresión sexual en caso de concurrir violencia o intimidación y si el medio es el abuso de superioridad o parentesco, se aplicaría el 183.4 en su modalidad de abuso sexual. DÍAZ MORGADO, “Título VIII...” op.cit. Pág. 687. No obstante CABRERA MARTÍN, confirmando la no concurrencia de violencia o intimidación, pone de ejemplo medios como el de abusar de posición de confianza, para hacer referencia a posibles métodos que si serían constitutivos del 183 bis, CABRERA MARTÍN, *La victimización...* op. cit. Pág. 191.

<sup>72</sup> De difícil o imposible prueba, CABRERA MARTÍN, *La victimización...* op. cit. Pág.190.

<sup>73</sup> Para CABRERA MARTÍN tiene poco sentido su introducción porque “la voluntad de involucrar al menor en un contexto de naturaleza sexual se encuentra la incita en el dolo propio del delito”.

<sup>74</sup> CABRERA MARTÍN, *La victimización...*, op.cit. Pág. 196.

En cuanto al segundo término (participar) se plantea la duda de si es necesaria la presencia de terceros o no. Para CABRERA MARTÍN, no sería necesaria, puesto que el legislador, cuando quiere referirse a la presencia de terceros, utiliza la expresión “participar con...”<sup>75</sup>.

La segunda de las conductas tipificadas en el 183 bis se refiere a “hacerle presenciar (al menor), actos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos”. Es aquí donde se producen los solapamientos que se han mencionado anteriormente. Para MUÑOZ CONDE la única diferencia entre esta conducta típica y el delito de exhibicionismo (artículo 185 CP) es la edad del sujeto pasivo. Si es menor de dieciséis años, se aplicará el delito contenido en el artículo 183 bis; por el contrario, si es mayor de dieciséis, pero menor de dieciocho, se aplicará el contenido en el 185 CP. Así mismo se plantea el problema del término “presenciar”. En palabras de CABRERA MARTÍN y MUÑOZ CONDE para que se pueda aplicar el 183 bis, las imágenes han de ser a tiempo real o en directo. La muestra de material pornográfico, entienden que ha de estar fuera de este delito y, por tanto, dentro del contenido en el 185 CP<sup>76</sup>. RAMOS TAPIA y GARCÍA ALVAREZ incluso apuestan por suprimir el mencionado delito de exhibicionismo<sup>77</sup>.

La tercera y última conducta típica que se establece en el 183 bis, se encuentra en el segundo apartado del precepto. Se dispone como un tipo agravado, en caso de hacer “presenciar abusos sexuales al menor”. CABRERA MARTÍN critica de nuevo la falta de rigor en la transposición de la Directiva 2011/93/UE<sup>78</sup>. Al transponer literalmente la directiva a nuestro ordenamiento, encontramos que el término “abuso sexual” para Europa comprende tanto abusos como agresiones sexuales. Sin embargo, en nuestro Ordenamiento Jurídico la expresión abusos sexuales se comprende como contrapuesta al de agresión sexual, necesitando violencia o intimidación para darse esta última.

Si se atiende a la literalidad del articulado, las conductas más graves (como presenciar una agresión sexual) habrían de ir al tipo básico. De ahí que CABRERA MARTÍN apueste por una interpretación teleológica que atienda a la finalidad del legislador al introducir dicho apartado<sup>79</sup>.

---

<sup>75</sup> CABRERA MARTÍN, *La victimización...* op.cit. Pág. 192.

<sup>76</sup> DÍAZ MORGADO entiende que además, los actos a los que hace referencia el artículo 183 bis podrían solaparse con el 186 de exhibición de material pornográfico, ya que *hacer presenciar* y *exhibir* serían conductas equivalentes. Así lo entiende MUÑOZ CONDE puesto que en caso de ser imágenes estáticas, se habría de aplicar el 186 CP. DÍAZ MORGADO, “Título VIII...” op. cit. Pág. 687. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial...* op. cit. Pág. 213, CABRERA MARTÍN, *La victimización...* op. cit. Págs.195 y 196.

<sup>77</sup> “Es uno de los pocos tipos penales que todavía incluyen elementos normativos con referencia moralizares como es la exigencia de que los actos sean obscenos” RAMOS TAPIA, “La tipificación de los abusos sexuales a menores...” op.cit. Pág. 131, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial...* op.cit. Pág. 213.

<sup>78</sup> “*Transposición fotocopia*” CABRERA MARTÍN, *La victimización...* op.cit. Pág.198.

<sup>79</sup> CABRERA MARTÍN, *La victimización...* op. cit. Pág.198 y 199.

### 3.2.3 Online child grooming.

A lo largo de la exposición de delitos se ha hecho mención a la crítica doctrinal acerca de la deficiencia legislativa en cuanto a transponer las exigencias europeas. Este delito<sup>80</sup> también lo ha sufrido. Fue en torno a los años setenta cuando Estados Unidos inició una cruzada contra los predadores sexuales<sup>81</sup> y con ello, Europa mediante el Convenio de Lanzarote y posteriormente con la Directiva 2011/93/UE, hizo lo propio.

En España, con la LO 5/2010 se introdujo el artículo 183 bis cerrando el capítulo dedicado a los abusos y agresiones sexuales a menores<sup>82</sup>. En la exposición de motivos se aludía a la necesidad de incluir las conductas de *online child grooming* debido a la mayor utilización de las tecnologías de comunicación e internet<sup>83</sup>; pero no fue hasta 2015 con la reforma operada por la LO 1/2015 cuando el contenido del anterior 183 bis se introdujo en el 183 ter, dedicado especialmente a este tipo de delitos sexuales a través de internet<sup>84</sup>. Para la mayoría de la doctrina fue una introducción innecesaria, puesto que podía haberse incluido en otros apartados del CP<sup>85</sup>. Igualmente, las críticas giran en torno a su visión como un delito de peligro abstracto e incluso hipotético, fundamentado la intervención penal en la mayor peligrosidad en las TIC<sup>86</sup>. En este sentido, DÍAZ MORGADO habla de “un acto preparatorio autónomamente castigado de los delitos de abuso y agresión sexual a menores de dieciséis años y de corrupción de menores<sup>87</sup>”.

---

<sup>80</sup> “1. El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.

2. El que, a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años”.

<sup>81</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, Pág. 79.

<sup>82</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito online...* op.cit. Pág. 163.

<sup>83</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito online...* op.cit. Pág. 164.

<sup>84</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito online...* op.cit. Pág. 168.

<sup>85</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito online...* op.cit. Pág. 166.

<sup>86</sup> MUÑOZ CONDE señala que el adelantamiento de la punibilidad a un acto preparatorio, lo convierte en un delito de sospecha, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial...* op. cit. Pág. 214. VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito online...* op.cit. Pág.170.

<sup>87</sup> CABRERA MARTÍN entiende que se trata de un delito mutilado en dos actos, que conceptúa como delito autónomo lo que en otro caso serían actos preparatorios, por el hecho de concurrir en el autor la finalidad de cometer sobre el menor un delito del 183 o del 189. 1 a). Así lo entiende también DÍAZ MORGADO por la propia remisión del artículo y los problemas concursales que se ven en relación con el artículo 189.1 CP. DÍAZ MORGADO, “Delitos...” op. cit. Pág. 273. CABRERA MARTÍN, *La victimización...* op. cit. Pág. 208 y 209.

Por lo que se refiere al delito concreto, lo primero que ha de tenerse en cuenta es que se ha configurado como un delito común por lo que cualquier persona, de la edad que sea, puede cometer este delito<sup>88</sup>. Por lo que respecta al sujeto pasivo, ha de ser menor de edad, entendido como aquel menor de edad que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual<sup>89</sup>. Sin embargo, tal y como señala VILLACAMPA ESTIARTE, no se han incluido como sujetos pasivos a las personas con discapacidad<sup>90</sup>. En torno a los sujetos que pueden cometer el delito, se hace necesario mencionar la cláusula de exoneración de responsabilidad en estos delitos sexuales contra menores contenida en el artículo 183 quater<sup>91</sup>. Ello será posible siempre y cuando se dé un consentimiento válido, la edad entre ellos sea próxima y el desarrollo de la personalidad y madurez sea similar.

En cuanto a las conductas típicas, se podrían resumir en dos. La primera de ellas se encuentra en el primer apartado que, no obstante, consta de diferentes elementos que necesariamente han de concurrir para entenderse producido el delito<sup>92</sup>. La primera conducta se refiere al contacto y la proposición. La doctrina está de acuerdo en que el contacto ha de ir acompañado de la respuesta del menor<sup>93</sup>. Además, ese contacto solamente puede producirse por medio de Internet, tecnologías de la información, etc. Esto conlleva varios problemas porque tal y como señala la doctrina<sup>94</sup>, se dan más abusos sexuales a menores entre personas conocidas o incluso familiares que en relación con los denominados “stranger danger”<sup>95</sup>. Pero no solo eso, sino que el hecho de producirse esta limitación en los medios comisivos

---

<sup>88</sup> En este sentido MUÑOZ CONDE pone el énfasis en relacionar este punto con el 183 quater y tener en cuenta cuando el sujeto activo es un menor de edad próxima al sujeto pasivo y con un desarrollo y madurez similar. En el mismo sentido habla CABRERA MARTÍN y VILLACAMPA ESTIARTE. Esta última incluso habla de que la Directiva se refería a luchar contra los abusos de adultos contra menores y, por ende, el sentido del precepto debía ser este. Sin embargo con la técnica legislativa que se viene arrastrando, nada sorprende. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial...* op. cit. Pág. 214, CABRERA MARTÍN, *La victimización...* op. cit. Pág. 200 y 201, VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito online...* op. cit. Pág. 172.

<sup>89</sup> CABRERA MARTÍN, *La victimización...* op. cit. Pág. 202 y 203.

<sup>90</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito online...* op. cit. Pág. 189.

<sup>91</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito online...* op. cit. Pág. 189. CABRERA MARTÍN, *La victimización...* op. cit. Pág. 202.

<sup>92</sup> CABRERA MARTÍN, *La victimización...* op. cit. Pág. 202.

<sup>93</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito online...* op. cit. Pág. 174. DÍAZ MORGADO, “Título VIII...” op. cit. Pág. 689. DÍAZ MORGADO, “Delitos...” op. cit. Pág. 273. CABRERA MARTÍN, *La victimización...* op. cit. Pág. 203.

<sup>94</sup> CABRERA MARTÍN, *La victimización...* op. cit. Pág. 206.

<sup>95</sup> Los tribunales vienen aplicando el precepto incluso en casos en los que existía un conocimiento previo entre autor y víctima. Se considera que lo esencial es que los medios telemáticos hayan tenido una importancia determinante en el hecho delictivo. VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito online...* op. cit. Pág. 175.

se debe al mero cumplimiento de las exigencias europeas<sup>96</sup>. VILLACAMPA ESTIARTE también entiende que no es necesario un contacto continuado<sup>97</sup> y que basta con un solo contacto para integrar el tipo<sup>98</sup>.

En cuanto al segundo de los elementos, CABRERA MARTÍN entiende que el contacto puede iniciarse por el menor (sujeto pasivo) pero la propuesta ha de hacerla el sujeto activo. Para que además se entienda producido el tipo es necesario que la propuesta se siga de actos materiales encaminados al encuentro (tercer elemento)<sup>99</sup>. La gran mayoría de la doctrina está de acuerdo en entender como actos materiales conducentes al encuentro, por ejemplo: la compra de un billete de autobús, enviar dinero al menor para que lo compre él... Sin embargo, no hay unanimidad en entender como acto material encaminado al encuentro el mero hecho de comunicar al menor la dirección de la cita<sup>100</sup>.

Junto con ello se suma un elemento subjetivo adicional al dolo, y es que es necesario que se proponga el encuentro con la finalidad de cometer contra el menor un delito del artículo 183 o del 189 CP<sup>101</sup>. Como se ha visto anteriormente, este hecho provoca ciertos problemas de interpretación derivando en concursos<sup>102</sup> no del todo deseados por la doctrina. Dado que el artículo 189 CP contiene diversas conductas, se ha acordado entender que la remisión se refiere a la letra a) del primer apartado<sup>103</sup>. Para CABRERA MARTÍN, no es necesario que el sujeto pasivo conozca las intenciones del sujeto activo. De ahí que considere que en caso de que el sujeto activo se ganase la voluntad del sujeto pasivo en aras de realizar conductas sexuales, se estaría ante el delito contenido en el artículo 189<sup>104</sup>, desplazando así la aplicación del 183, puesto que en este último caso el menor puede desconocer los propósitos sexuales<sup>105</sup>.

---

<sup>96</sup> CABRERA MARTÍN, *La victimización...* op.cit, Pág. 204.

<sup>97</sup> Muchos autores llegaron a afirmar que se trata de un ciberacoso o acoso virtual... Para VILLACAMPA ESTIARTE habrá que añadirle a tales conceptos el término “sexual”, con lo que se corre el riesgo de confundirlo con el acoso sexual del artículo 184 CP, VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito online...* op. cit. Pág. 21.

<sup>98</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito online...* op. cit. Pág. 176.

<sup>99</sup> CABRERA MARTÍN, *La victimización...* op. cit. Pág. 206.

<sup>100</sup> Para DÍAZ MORGADO facilitar una dirección o un lugar de encuentro si es constitutivo de ser un acto material de los requeridos para entender producido el delito. DÍAZ MORGADO, “Título VIII...” op. cit. Pág. 689. CABRERA MARTÍN, *La victimización...* op. cit. Pág. 206.

<sup>101</sup> Véase nota 86. CABRERA MARTÍN, *La victimización...* op. cit. Pág. 207.

<sup>102</sup> DÍAZ MORGADO señala que en el caso del apartado primero, si se da efectivamente relaciones sexuales, habrá concurso dada la cláusula integrada en el propio precepto. Además apunta a que en caso de darse el encuentro, el delito quedaría absorbido por el delito contra la indemnidad sexual. En caso de no producirse, cabría castigar el delito informático de los artículos 264 y 264 bis en sus modalidades agravadas por intentar ganarse la confianza de un tercero. DÍAZ MORGADO, “Título VIII...” op. cit. Pág. 691.

<sup>103</sup> CABRERA MARTÍN, *La victimización...* op. cit. Pág. 207.

<sup>104</sup> Si se hablara de material pornográfico del sujeto pasivo, estaríamos ante la conducta típica del artículo 189. 1 a) Véase artículo 189. 1. a) .

<sup>105</sup> Para CABRERA MARTÍN no tiene sentido el concurso de delitos entre ellos dos, pues dado que se está adelantando la barrera punitiva del derecho penal, se deberá interpretar de forma restrictiva “cuando se trata de sancionar comportamientos previos que ni siquiera son anteriores a la lesión del bien jurídico.”

El segundo inciso del primer apartado comprende la agravación del tipo básico. Ha de darse alguno de los siguientes elementos para conseguir el encuentro: coacción, intimidación o engaño<sup>106</sup>. Sin embargo no es necesario que dichos elementos se den para conseguir la relación sexual. Para la mayoría de la doctrina la mención al engaño carece de sentido ya que es uno de los elementos consustancial a la propia conducta típica<sup>107</sup>.

La segunda de las conductas típicas fue introducida por la reforma de 2015<sup>108</sup>. Lo principal en ella es el término “embaucamiento”. Ya no consiste en proponerle un encuentro, sino “embaucarle” para que le facilite o muestre material pornográfico en las que se muestre o represente un menor<sup>109</sup>. Para CABRERA MARTÍN, debido a una traducción literal del término embaucar, plantea varios problemas ya que se ha de necesitar algún tipo de engaño<sup>110</sup> para convencer al menor. En primer lugar, no se exige que el material pornográfico sea del sujeto pasivo. Para MUÑOZ CONDE esto plantea otro problema, y es que si el menor que envía las imágenes es un menor de dieciséis pero mayor de catorce, sería responsable de un delito de pornografía infantil. Lo que a su entender y al que aquí se está haciendo llegar, la conducta deberá considerarse típica<sup>111</sup>. Tampoco parece que se exija que el material pornográfico haya de ser infantil<sup>112</sup>.

Lo cierto es que se está adelantando la barrera punitiva<sup>113</sup> en el sentido de que se está protegiendo a un menor del material pornográfico que el mismo ha consentido “enviar”. Pero ese consentimiento se considera viciado por el embaucamiento. Para CABRERA MARTÍN no tiene sentido la tipificación

---

<sup>106</sup> No es necesario que los elementos se den para conseguir la relación sexual. CABRERA MARTÍN, *La victimización...* op. cit. Pág. 212.

<sup>107</sup> Para VILLACAMPA ESTIARTE debería directamente desaparecer el tipo agravado y entender implícito el requerimiento de tal medio comisivo en el tipo básico. VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito online...* op. cit. Pág. 182. DÍAZ MORGADO, “Título VIII...” op. cit. Pág. 690.

<sup>108</sup> Al igual que en todo el capítulo II bis, la reforma viene a cumplir con las exigencias europeas. En la Directiva se quería castigar cualquier tipo de tentativa en torno a la posesión, adquisición o acceso a pornografía infantil. Dada la técnica legislativa que se arrastra, nada sorprende en la problemática interpretativa que le sigue. CABRERA MARTÍN entiende que en el sentido de la Directiva, el delito ya estaría cubierto por el artículo 189. 1 a). En el mismo sentido DÍAZ MORGADO la conducta estaba tipificada en el 189 en grado de tentativa. DÍAZ MORGADO, “Título VIII...” op. cit. Pág. 690.

<sup>109</sup> CABRERA MARTÍN, *La victimización...* op. cit. Pág. 214.

<sup>110</sup> DÍAZ MORGADO, “Título VIII...” op. cit. Pág. 691.

<sup>111</sup> MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial...* op. cit. Pág. 215.

<sup>112</sup> Autores entienden que ese delito se vería protegido por el 186 CP; pero entienden por otro lado que carece de sentido sancionar actos dirigidos al embaucamiento, cuando en los casos de efectiva venta de material pornográfico entre menores, el legislador solo sanciona conductas que se lleven a cabo por un medio directo. Otros autores como VILLACAMPA ESTIARTE, entienden que si no se trata de pornografía infantil, difícilmente se está protegiendo la indemnidad sexual. VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito online...* op. cit. Pág. 193. CABRERA MARTÍN, *La victimización...* op. cit. Pág. 217.

<sup>113</sup> Para VILLACAMPA ESTIARTE no solo se adelanta la barrera punitiva en relación con la autoproducción de material pornográfico, sino que además se está ampliando indebidamente el círculo de conductas delictivas, VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito online...* op. cit. Pág. 193.

del delito<sup>114</sup>. Considera que el simple embaucamiento y envío de material pornográfico no tienen capacidad para afectar a libertad sexual del menor<sup>115</sup> y que su tipificación quiebra los principios de proporcionalidad y de intervención mínima<sup>116</sup>.

Por último, añadir, que la cláusula de exención de responsabilidad contenida en el 183 quater, también es aplicable, siempre y cuando se cumplan los requisitos<sup>117</sup>.

#### 3.2.4 Edad de consentimiento sexual y cláusula de exclusión de responsabilidad penal.

Como se ha dicho al principio del epígrafe correspondiente al Capítulo II BIS, la relevancia de la reforma de 2015 tuvo que ver con la elevación de la edad de consentimiento. Dado que, por debajo de dicha edad, los menores no pueden dar su consentimiento jurídicamente. No obstante, la realidad es otra y por tanto el legislador ha querido minimizar las consecuencias de ello con la introducción de una *cláusula de exclusión de responsabilidad penal*<sup>118</sup>. Lo que viene a incluir es la permisividad del consentimiento del menor cuando el autor de la conducta presuntamente delictiva tenga una edad próxima a la del sujeto pasivo. Así como un desarrollo de la personalidad o madurez similar. La cláusula se aplica en los delitos de abuso y agresión sexual a menores de dieciséis años (artículos 183 a 183 ter). Sin embargo, no dice nada acerca de la edad del sujeto activo, por lo que nada impide la extensión de la eximente a personas mayores de edad, siempre y cuando se den los requisitos de edad próxima y desarrollo de la personalidad o madurez similar<sup>119</sup>.

### 3. 3. DE LOS DELITOS DE EXHIBICIONISMO Y PROVOCACIÓN SEXUAL.

En la exposición de este epígrafe se ha ido haciendo referencia a cuáles fueron las razones de incluirlo en el CP actual. En este caso, las conductas no se encuentran explícitamente en la normativa europea. Por lo que el legislador las ha incluido independientemente en nuestro ordenamiento jurídico.

---

<sup>114</sup> El fundamento en que se basa la autora es que se están queriendo castigar hipotéticos riesgos para el bien jurídico ya que solamente se produciría la afectación al mismo cuando el menor sucumbiese al embaucamiento y efectivamente enviase y visionase material pornográfico. CABRERA MARTÍN, *La victimización...* op. cit. Pág. 216.

<sup>115</sup> CABRERA MARTÍN, aunque nos encontramos dentro de los delitos contra la indemnidad sexual, entiende que aquí se protege la libertad sexual del menor.

<sup>116</sup> Principios que han de regir toda la intervención penal. CABRERA MARTÍN, *La victimización...* op. cit. Pág. 218.

<sup>117</sup> Véase artículo 183 quater.

<sup>118</sup> Art. 183 quater CP: “El consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez”.

<sup>119</sup> DÍAZ MORGADO, “Título VIII...” op. cit. Pág. 692.

### 3.3.1 Exhibicionismo ante menores.

En este tipo delictivo<sup>120</sup>, dentro de la conducta típica (ejecutar o hacer ejecutar actos de exhibición obscena ante menores de edad o incapaces), lo más relevante es el término “obsceno”: qué se entiende por tal. Para MUÑOZ CONDE solo puede entenderse en relación con determinadas pautas morales, lo que denomina como “moral sexual social”<sup>121</sup>. Esto lleva a entender que, aunque no se entienda como un bien jurídico autónomo, sigue influyendo en la interpretación del tipo.

Así mismo, el término “exhibicionismo” para la psiquiatría y criminología es una parafilia caracterizada por la exposición compulsiva de los genitales a otras personas. También se alude a un tipo concreto de autor: aquel con problemas de desequilibrio mental<sup>122</sup>.

Para CABRERA MARTÍN los actos de exhibición obscena han de tener un claro contenido lúbrico que despierte en el observador<sup>123</sup> un instinto sexual<sup>124</sup>. Junto con ello, la doctrina entiende que han de tener una finalidad provocadora<sup>125</sup>, de ahí que conductas tales como el nudismo se consideren atípicas dado que la finalidad ha de ser provocar o involucrar al menor en un contexto sexual.

La jurisprudencia entiende que basta con el dolo eventual, pero para la doctrina mayoritaria es necesario dolo directo. MUÑOZ CONDE entiende así mismo que el error vencible sobre la edad del menor o la discapacidad determina la imprudencia, pero no se considera punible ya que solo se admite por comisión dolosa<sup>126</sup>.

---

<sup>120</sup> Art.. 185 CP “El que ejecutare o hiciere ejecutar a otra persona actos de exhibición obscena ante menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses”.

<sup>121</sup> Que tenga connotaciones morales lo hace cuestionable. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial...* op. cit. Pág. 219.

<sup>122</sup> MUÑOZ CONDE, *El derecho penal. Parte especial...* op. cit. Pág. 220. DIAZ MORGADO, “Título VIII...” op. cit. Pág. 696.

<sup>123</sup> Para CABRERA MARTÍN la conducta no ha de suponer una implicación en la actividad que está observando. CABRERA MARTÍN, *La victimización...* op. cit. Pág. 236.

<sup>124</sup> CABRERA MARTÍN, *La victimización...* op. cit. Pág. 236.

<sup>125</sup> Para MUÑOZ CONDE, la exhibición de los órganos genitales no tiene por qué ser más desaprobada que la de otras partes del cuerpo, salvo que se realicen en un contexto sexual susceptible de afectar a un bien jurídico. Junto con ello, la AAP Tarragona 2ª, 21-1-05 rechaza la aplicación a conducta consistente en bañarse desnudo en una playa no nudista. DÍAZ MORGADO, “Título VIII...” op. cit. Pág. 697. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial...* op. cit. Pág. 220. CABRERA MARTÍN, *La victimización...* op. cit. Pág. 236.

<sup>126</sup> MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial...* op. cit. Pág. 221.



La problemática surge al analizar los sujetos que han de concurrir en el tipo. Tenemos por un lado que el sujeto activo puede ser cualquier persona, mayor o menor de edad. Es decir, puede serlo tanto el que protagoniza el acto exhibicionista como el que determina a un tercero a realizarlo<sup>127</sup>.

Por lo que se refiere al sujeto pasivo, es aquí donde más problemas de interpretación se dan. De la literalidad del precepto se extrae que pueden serlo los menores de edad hasta los 17 años. Con ello tenemos que, si lo interpretamos en relación con lo que se ha visto analizado anteriormente, los menores que hayan alcanzado la edad de consentimiento sexual pueden tener relaciones sexuales con consentimiento, pero no pueden ser testigos de actos de exhibición<sup>128</sup>.

Junto con ello, el tenor literal invita a afirmar la existencia de un solo delito, aunque existan varios menores. Sin embargo, el carácter individual del bien jurídico que se protege invita a apreciar tantos delitos como menores haya<sup>129</sup>.

### 3.3.2 Exposición directa a pornografía.

Este artículo<sup>130</sup> no se ha visto modificado por la LO 1/2015 y tampoco parece responder a las exigencias europeas ya que ningún instrumento de armonización hace referencia a tal conducta<sup>131</sup>.

Dado que los sujetos<sup>132</sup> son los que menos problemas interpretativos plantean, diremos que sujeto activo puede ser cualquiera, es decir, hablamos de un delito común. En cuanto a los sujetos pasivos,

---

<sup>127</sup> En este último caso, si al que se le determina a realizar los actos exhibicionistas es a su vez, un menor, concurriría con el delito del 185, el del 189. 1 dedicado a la utilización de menores con fines exhibicionistas. Así lo entiende CABRERA MARTÍN, *La victimización...* op. cit. Pág. 238.

<sup>128</sup> Incluyendo en esa prohibición a su pareja. La solución que da CABRERA MARTÍN es la de aplicar el 185 exclusivamente para menores entre dieciséis y diecisiete años y solamente en relación con los supuestos en los que el acto de exhibición se exponga al menor con violencia o intimidación. Incluyendo en el 183 bis una agravación para los casos en que se hace presenciar a un menor abusos sexuales. Como tal solución no se ha visto plasmada, por la regla de especialidad el 183 bis desplazara al 185 en supuestos de solapamiento. CABRERA MARTÍN, *La victimización...* op. cit. Pág. 236. Con esa prohibición tenemos que, tal y como señala CABRERA MARTÍN, el sinsentido se amplía cuando resulta imposible aplicar la cláusula de exoneración de responsabilidad del 183 quater.

<sup>129</sup> CABRERA MARTÍN, *La victimización...* op. cit. Pág. 238.

<sup>130</sup> Art. 186 CP “El que, por cualquier medio directo, vendiere, difundiere o exhibiere material pornográfico entre menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses”.

<sup>131</sup> CABRERA MARTÍN, *La victimización...* op. cit. Pág. 239.

<sup>132</sup> Cabe el error sobre el sujeto pasivo, determinándose la atipicidad puesto este delito debe ser cometido mediando dolo. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial...* op. cit. Pág. 224.

son los menores o incapaces siendo irrelevante si han alcanzado la edad de consentimiento sexual o no<sup>133</sup>.

En palabras de CABRERA MARTÍN estamos ante un tipo mixto alternativo donde existen diferentes modos de cometer el delito<sup>134</sup>. Vemos que, además de ser varios, todos los medios comisivos han de ser directos<sup>135</sup>. No serán típicas por lo tanto la mera exposición al público de manera indiscriminada material pornográfico. En palabras de MUÑOZ CONDE, la acción típica exige una puesta en contacto directo con la víctima<sup>136</sup>.

Lo que más problemas puede plantear es el concepto de “material pornográfico”. MUÑOZ CONDE, al interpretarlo con la rúbrica del Capítulo IV, lo entiende como “un medio de provocación sexual siendo indiferente la forma que adopte”. Por el contrario, CABRERA MARTÍN, entiende que han de tener un soporte físico, pues de otra forma ya no constituirían “material”. Los dos autores ponen el énfasis en que ha de revestir una finalidad de provocación sexual, excitación sexual... No obstante el CP establece una definición de pornografía infantil (artículo 189 CP)<sup>137</sup> y podrá acogerse el mismo concepto para definir lo que es material pornográfico. Sin embargo, MUÑOZ CONDE va más allá y señala que conductas como una representación de un adulto cometiendo bestializo no sería pornografía infantil, pero sí material pornográfico, constituyendo el delito contenido en el 186 CP<sup>138</sup>.

Al igual que en el anterior artículo, aunque la literalidad del precepto invite a entender lo contrario, se deben apreciar tantos delitos como sujetos pasivos se hayan visto afectados<sup>139</sup>. También al igual que el anterior artículo (185 CP), no se prevé la aplicabilidad de la cláusula de exención de responsabilidad del 183 quater.

---

<sup>133</sup> No se plantean problemas con esto. Solo persiste la misma situación que en el artículo anterior, y seque una persona de 16 y 17 puede mantener relaciones sexuales consentidas, pero sin embargo no puede comprar pornografía. CABRERA MARTÍN, *La victimización...* op. cit. Pág. 241.

<sup>134</sup> CABRERA MARTÍN, *La victimización...* op. cit. Pág. 239.

<sup>135</sup> Para CABRERA MARTÍN han de tener cierto carácter de inmediatez. CABRERA MARTÍN, *La victimización...* op. cit. Pág. 239.

<sup>136</sup> Se excluyen labores de edición, impresión, grabación que no llegue al contacto directo con menores o incapaces MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte especial...* op. cit. Pág. 223. En el mismo sentido véase DÍAZ MORGADO, “Título VIII...” op. cit. Pág. 697.

<sup>137</sup> Véase artículo 189 CP.

<sup>138</sup> Además considera que el concepto de material pornográfico ha de determinarse según el contexto. MUÑOZ CONDE, “*Derecho penal. Parte especial...*” op. cit. Pág. 223. CABRERA MARTÍN, *La victimización...* op. cit. Pág. 240.

<sup>139</sup> CABRERA MARTÍN, *La victimización...* op. cit. Pág. 241.

Por último, al igual que DÍAZ MORGADO y MUÑOZ CONDE entienden que si se tratase de un delito en el que se exhibe, vende, difunde material pornográfico donde intervienen menores, estaríamos ante el delito contenido en el 189.1. b)<sup>140</sup>.

### 3.4 DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA PROSTITUCIÓN Y A LA EXPLOTACIÓN SEXUAL Y CORRUPCIÓN DE MENORES.

#### 3.4.1 Prostitución infantil.

La reforma que introdujo la LO 1/2015 no modificó el contenido del precepto<sup>141</sup> como tal. Únicamente separó los delitos relacionados con la prostitución de menores de los relativos a adultos.

Sabemos que la reforma de 2015 introdujo una definición de pornografía infantil. Sin embargo, no ha dado un concepto de lo que debería entenderse por prostitución. CABRERA MARTÍN cuando propone una definición, indica que de la literalidad de precepto no podría extraerse algo tan amplio como ella lo plantea, ya que como se verá más adelante, de la forma en que tipifica el CP la conducta del cliente, se interpreta que los actos de prostitución a los que se hace referencia evidencian un concepto más restringido que el propuesto por ella. La autora entiende que siempre que haya remuneración (o

---

<sup>140</sup> DÍAZ MORGADO, “Título VIII...” op. cit. Pág. 698. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial...* op. cit. Pág. 222.

<sup>141</sup> Art. 188 CP “1. El que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o se lucre con ello, o explote de algún otro modo a un menor o a una persona con discapacidad para estos fines, será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses.

Si la víctima fuera menor de dieciséis años, se impondrá la pena de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Si los hechos descritos en el apartado anterior se cometieran con violencia o intimidación, además de las penas de multa previstas, se impondrá la pena de prisión de cinco a diez años si la víctima es menor de dieciséis años, y la pena de prisión de cuatro a seis años en los demás casos.

3. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados anteriores, en sus respectivos casos, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación.

b) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.

c) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. En este caso se impondrá, además, una pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.

d) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.

e) Cuando los hechos se hubieren cometido por la actuación conjunta de dos o más personas.

f) Cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

4. El que solicite, acepte u obtenga, a cambio de una remuneración o promesa, una relación sexual con una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección será castigado con una pena de uno a cuatro años de prisión. Si el menor no hubiera cumplido dieciséis años de edad se impondrá una pena de dos a seis años de prisión.

5. Las penas señaladas se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las infracciones contra la libertad o indemnidad sexual cometidas sobre los menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección.”

promesa de remuneración) no se aprecian diferencias entre realizar el coito, realizar una masturbación, hacer que el menor realice un strip-tease, pues en todos los ejemplos los actos se han basado en un encargo hecho por el cliente<sup>142</sup>. La conclusión por tanto es que, para entenderse cumplido el tipo, basta con que la conducta típica se realice en una ocasión.

Con ello tendríamos que los actos limitados a la interacción entre sujetos se verían tipificados en el 188 CP y, aquellos más amplios se subsumen dentro del 189 CP.

Por otro lado, antes de entrar a analizar el tipo, al igual que CABRERA MARTÍN, se quiere hacer mención a la nota de habitualidad que acompaña al ejercicio de la prostitución. Del artículo 187 CP<sup>143</sup> se extrae que ha de ser necesaria. Por el contrario, del 188 CP no se extrae la misma conclusión, llegándose a afirmar que no es necesario que se de esa nota para entender cumplido el tipo (en el caso de prostitución de menores)<sup>144</sup>.

Al igual que en los preceptos anteriores, se comprueba la existencia de un tipo básico y posteriormente tipos agravados o circunstancias agravantes. En general ha de tenerse en cuenta de que se trata de un delito de mera actividad, por lo que en ningún caso es necesario que el menor acepte ni que se lleguen a ejecutar las actividades sexuales<sup>145</sup>.

Por lo que respecta al tipo básico, la conducta típica es alternativa. Para entender realizado el delito se ha de inducir, promover, favorecer o facilitar la prostitución de un menor de dieciocho años. De la literalidad del precepto se extrae que no cabe sanción en las distintas formas de participación (inducción, cooperación o complicidad). Sin embargo, el Tribunal Supremo entiende que serán sancionados en calidad de cómplices aquellos que con su cometido hayan desempeñado funciones accesorias o secundarias no siendo funciones esenciales<sup>146</sup>. Por otro lado, DÍAZ MORGADO señala que la jurisprudencia mayor afirma la necesaria existencia de un cambio cualitativo con respecto a la anterior situación del menor para entenderse realizado el tipo<sup>147</sup>. Así mismo, la reforma de 2015 introdujo dos modalidades nuevas de conducta típica, como son obtener un beneficio económico (lucrarse) o ex-

---

<sup>142</sup> CABRERA MARTÍN, *La victimización...* op. cit. Pág. 245 y ss.

<sup>143</sup> Recuérdese que dicho precepto se refiere a la prostitución de adultos.

<sup>144</sup> CABRERA MARTÍN, *La victimización...* op. cit. Pág. 248.

<sup>145</sup> Así lo entiende CABRERA MARTÍN, incluyendo que si se interpreta así, difícilmente se podrán concebir supuestos de tentativa.

<sup>146</sup> CABRERA MARTÍN, *La victimización...* op. cit. Pág. 251.

<sup>147</sup> DÍAZ MORGADO, "Título VIII..." op. cit. Pág. 703.

plotar de otro modo a un menor para esos fines (se entiende que hace referencia a fines de prostitución). La obtención de lucro ya se venía considerando en la prostitución en adultos, sin embargo, se refería a la prostitución ajena. En el ámbito de los menores es suficiente con obtener un beneficio económico derivado del ejercicio de la prostitución por parte de un menor<sup>148</sup>. En cuanto a la “explotación de otro modo...” CABRERA MARTÍN, entiende que se trata de una conducta demasiado abierta que choca con el principio de legalidad penal, pudiéndose incorporar dichos comportamientos en otros preceptos del capítulo que se analiza<sup>149</sup>.

Por lo que se refiere a los sujetos activos, éstos pueden ser cualquiera dado que se trata de un delito común. En cuanto a los sujetos pasivos, se debe atender a cada uno de los apartados, pues como se ve, principalmente han de ser menores de edad, pero, puede tratarse también de víctimas necesitadas de especial protección, que sean especialmente vulnerables (en cuyo caso las penas se ven agravadas).

El segundo de los apartados del artículo 188 CP, atiende a la concurrencia de violencia o intimidación en la conducta típica del primer apartado. Si se da cualquiera de los dos elementos, el tipo básico se agrava. También se produciría una hiper-agravación<sup>150</sup> en caso de concurrir estos dos, junto con las agravaciones por abuso de superioridad o de situación de vulnerabilidad<sup>151</sup>.

Los demás apartados del precepto hacen referencia a diferentes circunstancias agravantes que, al coincidir en su mayoría con las contenidas en el 180 CP, se remite al lector a ellas.

El apartado 4 del artículo que se está analizando tiene que ver con el tratamiento que se le da a la conducta del cliente. Lo primero que cabe decir es que, en el caso de la prostitución en adultos, la conducta del mismo se considera atípica. Aquí la conducta típica sería el solicitar, aceptar u obtener, a cambio de remuneración o promesa, una relación sexual de una persona menor de edad.

Antes de su incorporación autónoma dentro del tipo, se venía aceptando por los tribunales como una forma de promover la prostitución y por tanto, ya se veía sancionada a través del delito de corrupción de menores. Sin embargo, dado que este delito fue suprimido, muchos autores afirmaban también la

---

<sup>148</sup> Por ejemplo, el beneficio que obtienen aquellos que arriendan inmuebles para que se ejerciten ahí actividades sexuales CABRERA MARTÍN, *La victimización...* op. cit. Pág. 252.

<sup>149</sup> CABRERA MARTÍN, *La victimización...* op. cit. Pág. 253.

<sup>150</sup> No obstante, no se considera la hiperagravación en caso de darse dos o más circunstancias agravantes. CABRERA MARTÍN, *La victimización...* op. cit. Pág. 260.

<sup>151</sup> CABRERA MARTÍN, *La victimización...* op. cit. Pág. 256.

eliminación típica de tal conducta. Otros criticaron esa argumentación. El Tribunal Supremo osciló entre sus posiciones hasta la actualidad, en la que ya no hay duda acerca de su tipificación<sup>152</sup>.

En todas las conductas típicas que se han visto, sea en relación con el tipo básico, los diferentes tipos agravados e incluso al tratamiento que se le da a la conducta del cliente, vemos que el elemento principal para entender cumplido el tipo es el elemento remuneratorio que, además, puede ser una simple promesa remuneratoria y, no tiene por qué ser dinero en efectivo<sup>153</sup>.

Es importante señalar el posible error en la edad del menor que se da en todos los delitos relativos a menores. Dentro del tipo subjetivo, se exige el conocimiento por parte del sujeto activo de la edad del sujeto pasivo o de la especial protección en casos de discapacidad<sup>154</sup>. MUÑOZ CONDE entiende que, al no estar prevista la imprudencia, dicho error determina la irrelevancia penal del hecho<sup>155</sup>. Para el Tribunal Supremo no es suficiente que el sujeto activo niegue conocer la edad del sujeto pasivo, sino que habrá de tenerse en cuenta el contexto<sup>156</sup>.

El precepto termina aludiendo a la cláusula concursal, sobre la cual la doctrina solo ve aspectos negativos en relación con los problemas interpretativos que suele producir una cláusula de este tipo<sup>157</sup>.

### 3.4.2 Pornografía infantil.

La mayoría de los anteriores delitos analizados hablaban o hacían referencia al concepto de pornografía infantil<sup>158</sup> contenido en el artículo<sup>159</sup> presente. La reforma producida por la LO 1/2015 fue la

---

<sup>152</sup> CABRERA MARTÍN, *La victimización...* op. cit. Pág. 260 y ss.

<sup>153</sup> CABRERA MARTÍN, *La victimización...* op. cit. Pág. 263.

<sup>154</sup> MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial...* op. cit. Pág. 228.

<sup>155</sup> MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial...* op. cit. Pág. 228.

<sup>156</sup> CABRERA MARTÍN, *La victimización...* op. cit. Pág. 265.

<sup>157</sup> CABRERA MARTÍN incluso alude a si con esa cláusula está excluyendo los concursos de leyes. CABRERA MARTÍN, *La victimización...* op. cit. Pág. 266.

<sup>158</sup> En lo sucesivo, cuando se haga referencia a pornografía infantil o a menores se entenderá que incluye a las personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

<sup>159</sup> ART. 189 CP “1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años:

a) El que capture o utilizare a menores de edad o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades o se lucrare con ellas.

b) El que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere, ofreciere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido.

A los efectos de este Título se considera pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección:

que introdujo la definición legal de tal concepto, derivado de los requerimientos europeos<sup>160</sup>. El concepto que se va a exponer es igual para todos los delitos que contengan una mención al mismo.

Hay varias modalidades de pornografía infantil. “Todo material que represente de manera visual a un menor o a una persona con discapacidad estada de protección participando en un conducta sexualmente explícita, real o simulada”. Esta modalidad es la que menos problemas prácticos ha tenido en general. En los dos primeros casos, se está poniendo en riesgo que la lesión a los derechos de los menores se perpetúe en el tiempo<sup>161</sup>. No obstante, cuando se habla de conducta sexual simulada, ha de entenderse que se trata de casos en que se manipula la imagen del menor dando lugar a lo que CABRERA MARTÍN denomina como *pseudopornografía infantil*<sup>162</sup>. “Toda representación de los órganos sexuales de un menor con fines principalmente sexuales”.

Aquí lo relevante es saber qué se entiende por fines sexuales. Si se pone en relación con la finalidad del autor de la conducta, se estarían tipificando como delitos la utilización de manuales de anatomía por el hecho de utilizarlo con fines sexuales<sup>163</sup>. Otro de los problemas es que, en la representación de los genitales, no parece claro si a su vez se incluyen imágenes del autor o cualquier otro elemento que permita conocer su identidad. De ahí que CABRERA MARTÍN entienda que en tales casos la lesión es prácticamente nula para el menor<sup>164</sup>.

Son las dos últimas modalidades de pornografía infantil las que más problemas están dando. “Todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o cualquier representación de los órganos sexuales

---

a) Todo material que represente de manera visual a un menor o una persona con discapacidad necesitada de especial protección participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada.

b) Toda representación de los órganos sexuales de un menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección con fines principalmente sexuales.

c) Todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales, salvo que la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad dieciocho años o más en el momento de obtenerse las imágenes.

d) Imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales.”

<sup>160</sup> No obstante, fue el legislador español quien incluyó la mención a las personas con discapacidad necesitadas de especial protección CABRERA MARTÍN, *La victimización...* op. cit. Pág. 277.

<sup>161</sup> CABRERA MARTÍN, “*La victimización...*” op. cit. Pág. 278.

<sup>162</sup> CABRERA MARTÍN, “*La victimización...*” op. cit. Pág. 279.

<sup>163</sup> De ahí que la doctrina entienda que la finalidad sexual ha de quedar objetivada en la propia representación. CABRERA MARTÍN, “*La victimización...*” op. cit. Pág. 280. Así mismo, la jurisprudencia no entiende como pornografía infantil los meros desnudos, con independencia del uso que con posterioridad se pueda hacer de esas imágenes. STS 105/2009, 30 de Enero de 2009, STS 803/2010, 30 de Septiembre de 2010, STS 264/2012, 3 de Abril de 2012. DÍAZ MORGADO, “*Título VIII...*” op. cit. Pág. 707. MUÑOZ CONDE, “*Derecho penal. Parte especial...*” op. cit. Pág. 231.

<sup>164</sup> CABRERA MARTÍN, “*La victimización...*” op. cit. Pág. 283.

de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales, salvo que la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad dieciocho años o más en el momento de obtenerse las imágenes”. En este caso los problemas que se plantean son principalmente probatorios. Si no se consigue probar que tal persona que parece un menor es un adulto, no se podrá castigar penalmente al no preverse su comisión imprudente<sup>165</sup>. Para DÍAZ MORGADO y CABRERA MARTÍN por el contrario se está ante una presunción *iuris tantum* de minoría de edad, de tal forma que solo en caso de prueba en contrario cabrá la exención de responsabilidad penal<sup>166</sup>.

En cuanto a las “imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales”, al igual que ocurre con el anterior, la Directiva (2011/93/UE) que requería su introducción, recogió una previsión mediante la cual se podía no sancionar a aquellos materiales que representen a adultos que parezcan menores. Tanto en el apartado anterior como en este no se ha recogido en el derecho interno tal previsión, de ahí los problemas que han ido surgiendo en torno a los mismos.

Entrando ya en el análisis del precepto, tenemos como sujetos activos cualquier persona ya que se trata de un delito común. No ocurre lo mismo con el apartado sexto del artículo, ya que estamos ante un tipo de omisión de garante<sup>167</sup> y por tanto ante un delito especial propio<sup>168</sup>.

En cuanto a los sujetos pasivos, ya se ha hecho referencia y se trata de menores o personas con discapacidad necesitadas de protección.

Las conductas típicas varían en función del apartado que analicemos y además, en cada uno hay distintas modalidades de conducta típica, por lo que hablamos de tipos mixtos alternativos. El apartado 1. a) comprende las conductas de captación o utilización de menores en espectáculos exhibicionistas o para la elaboración de material pornográfico. De espectáculo exhibicionistas o pornográficos no se establece una definición en el texto legal español. Atendiendo a lo que la Directiva señala, se entenderá que ha de ir dirigido a una pluralidad de personas, pero sin que sea necesario que tenga que

---

<sup>165</sup> Para el autor, es más problemático determinar la edad del menor en este caso, pues el conocimiento de la edad es necesario para imitar el delito a título de dolo. Cuando las dudas no pueden resolverse conociendo la identidad de las personas, han de resolverse basándose en el principio *in dubio pro reo*. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial...* op. cit. Pág. 231.

<sup>166</sup> Para CABRERA MARTÍN, esto puede invertir la carga de la prueba yendo en contra de la presunción de inocencia. DÍAZ MORGADO, “Título VIII...” op. cit. Pág. 707. CABRERA MARTÍN, *La victimización...* op. cit. Pág. 282.

<sup>167</sup> CABRERA MARTÍN, *La victimización...* op. cit. Pág. 320. DÍAZ MORGADO, “Título VIII...” op. cit. Pág. 711.

<sup>168</sup> Aquéllos que no tienen correspondencia con uno común. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, Pág. 243.



ser abierta o indiscriminada, dado que se incluyen espectáculos privados<sup>169</sup>. Por lo que respecta a la utilización, tenemos los mismos problemas que en artículos anteriores y es que dado que se puede sancionar a aquel sujeto activo que presencia un strip-tease realizado por su pareja menor de edad, pero no se le sancionará si practican relaciones sexuales con consentimiento (en caso de haber alcanzado la edad de consentimiento sexual y cumplir con los requisitos previstos para ello)<sup>170</sup>.

Cuando se habla de captación, se está adelantando la barrera punitiva a actos preparatorios de la conducta de utilización<sup>171</sup>. Esto es consecuencia de la línea político- criminal que se viene siguiendo en todo el Capítulo II BIS. Así mismo, se plantean concursos de delitos con el 177 bis CP en tanto la captación vaya seguida de algún traslado. También se podría plantear el concurso entre el 189.1 a relativo a la captación con el 183 ter. Sin embargo, dado que en ambos casos se está adelantando la intervención penal, habrá de interpretarse restrictivamente<sup>172</sup>.

En cuanto a los fines pornográficos se han de entender como cualquier manifestación abiertamente explícita de la sexualidad<sup>173</sup>. A su vez, en el mismo apartado se tipifica la financiación o la obtención de beneficio económico con dichas actividades. Para CABRERA MARTÍN resulta más difícil de justificar la intervención penal en este sentido ya que la conducta no recae sobre los menores sino sobre la propia actividad<sup>174</sup>. Así, en el caso de financiación, CABRERA MARTÍN entiende que se está elevando a categoría de autoría, actos de participación como cooperación necesaria<sup>175</sup>.

Los concursos que pueden recaer sobre este apartado van en función de si los destinatarios de los espectáculos son también menores. En cuyo caso existiría un concurso de delitos entre el 189.1 CP (delito de pornografía infantil) y el 185 CP (delito de exhibicionismo). Por lo que respecta a la letra b) del apartado 1 del mismo artículo, se prevén conductas como la venta, producción, distribución, ofrecimiento, posesión, etc.

---

<sup>169</sup> DIAZ MORGADO entiende que serán comportamientos típicos abuelos en que se muere total o parcialmente el cuerpo del menor desnudo, acompañado o no de la ejecución de actividades sexuales ante el propio sujeto activo o ante terceros. DIAZ MORGADO, "Título VIII..." op. cit. Pág. 708. CABRERA MARTÍN, *La victimización...* op. cit. Pág. 290.

<sup>170</sup> CABRERA MARTÍN, *La victimización...* op. cit. Pág. 294.

<sup>171</sup> MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial...* op. cit. Pág. 232.

<sup>172</sup> CABRERA MARTÍN, *La victimización...* op. cit. Pág. 296.

<sup>173</sup> CABRERA MARTÍN, *La victimización...* op. cit. Pág. 291.

<sup>174</sup> CABRERA MARTÍN, *La victimización...* op. cit. Pág. 292.

<sup>175</sup> CABRERA MARTÍN, *La victimización...* op. cit. Pág. 296.

Centrando el análisis en los que mayores problemas han causado, la producción lleva a pensar si el menor que se fotografía o graba a sí mismo en una conducta explícitamente sexual, estaría comiendo el delito<sup>176</sup>. El ofrecimiento, para MUÑOZ CONDE, supone una ampliación del ámbito de lo punible, pues igual que en el anterior (captación) se están castigando actos preparatorios.

Por último, la posesión también se castiga. Dentro de la letra b) solo se sanciona aquella vinculada con la oferta de pornografía, pero en el apartado quinto del 189 sólo se sanciona la mera posesión. Para la doctrina es un tipo penal de difícil prueba. Para el primer caso se debe atender a la finalidad de dicha posesión. Para la segunda, la doctrina entiende que igualmente se está adelantando la intervención penal. Con su tipificación, se está afectando de manera grave a los principios de intervención mínima y lesividad<sup>177</sup>. Así como invade la privacidad y criminaliza una conducta que no afecta directamente al bien jurídico<sup>178</sup>.

Por último, la reforma de 2015 añadió tres conductas nuevas: asistencia a espectáculos pornográficos, adquisición de pornografía infantil y el acceso a la misma por medio de las tecnologías de información y comunicación. Lo relevante de la primera es que la asistencia ha de hacerse a sabiendas (dolo directo) de la edad de los sujetos pasivos. La segunda ya se ha analizado en el inciso inmediatamente anterior. Y respecto a la tercera, se entiende que podrán ser castigados aquellos sujetos que descarguen material pornográfico, aunque luego lo borren<sup>179</sup>. Para DÍAZ MORGADO no es suficiente un mero acceso accidental o casual, sino que igualmente se debe probar la intencionalidad<sup>180</sup>.

Para finalizar, el tipo agravado de violencia o intimidación solo se puede aplicar cuando se trate de utilización o captación, y no en otras modalidades de conducta típica<sup>181</sup>.

---

<sup>176</sup> Para CABRERA MARTÍN dicha sanción constituye una perversión del Derecho CABRERA MARTÍN, *La victimización...* op. cit. Pág. 300.

<sup>177</sup> MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial...* op. cit. Pág. 234. CABRERA MARTÍN, *La victimización...* op. cit. Pág. 305.

<sup>178</sup> MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial...* op. cit. Par 234. DÍAZ MORGADO, “Título VIII...” op. cit. Pág. 711.

<sup>179</sup> Para MUÑOZ CONDE ello convierte la tendencia o la curiosidad en un delito. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial...* op. cit. Pág. 234.

<sup>180</sup> DÍAZ MORGADO, “Título VIII...” op. cit. Pág. 711.

<sup>181</sup> CABRERA MARTÍN, *La victimización...* op. cit. Pág. 297.

#### 4. EL FUTURO DE LA TUTELA SEXUAL DE LOS MENORES.

Durante los años 2018 y 2019 se han ido elaborando dos anteproyectos de Ley Orgánica que, además de otras leyes, reformarían el Código penal si finalmente son aprobados. Los dos han sido fruto de las exigencias europeas, conforme a las cuales, es necesario en España una protección integral de los niños y niñas y de las mujeres en general. El primero de ellos tiene que ver con la protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia<sup>182</sup>. Desde la ratificación por España de la Convención sobre los Derechos del Niño en 1990<sup>183</sup> y a partir de los datos del Ministerio del Interior<sup>184</sup>, es necesario introducir los compromisos adquiridos por España dentro del Ordenamiento Jurídico español a través de una ley que proteja integralmente la infancia y la adolescencia frente a todas las diferentes modalidades de violencia.

Aunque los anteproyectos, si finalmente entran en vigor, modificarían varios aspectos importantes del Código penal relativos a la libertad sexual, aquí solamente se han escogido los relacionados con el bien jurídico de la indemnidad sexual, en concordancia con todo el trabajo que le precede.

Respecto al primer anteproyecto que se quiere analizar (el relativo a la protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia) merece ser señalada la incorporación de la edad como circunstancia agravante<sup>185</sup> dentro del artículo 22. 4º CP. Que se incorpore como circunstancia agravante quiere decir que no se está atendiendo a la vulnerabilidad de la víctima, sino a la intención del autor<sup>186</sup>. Se aplica la agravante cuando el autor comete un delito contra un menor, creyendo que lo es; no porque lo sea. Seguidamente se modifica el artículo 189 bis<sup>187</sup> que actualmente reza sobre la responsabilidad de las personas jurídicas<sup>188</sup> en caso de cometer ellas los delitos contenidos en el Capítulo V. Si entrase en vigor supondría la introducción de un nuevo tipo delictivo. En primer lugar, tendríamos como conducta típica la distribución o difusión pública de contenidos que promuevan, fomenten

---

<sup>182</sup> De ahí su nombre: Anteproyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

<sup>183</sup> Así como otros Convenios como el de Lanzarote, el del Estambul, etc.

<sup>184</sup> Aproximadamente la mitad de los abusos sexuales que se producen en España cada año tienen a niños y niñas como víctimas. Exposición de Motivos.

<sup>185</sup> La razón de su incorporación puede venir derivada de las exigencias europeas, en concreto del Convenio de Lanzarote cuando en su artículo 28 habla de que “en la medida en que no sean ya elementos constitutivos de delito” podrán ser tenidas en cuenta como circunstancias agravantes: que el delito se haya cometido contra una víctima especialmente vulnerable.

<sup>186</sup> Puede verse a este respecto la opinión DE LA MATA BARRANCO en <https://almacendederecho.org/la-reforma-proyectada-en-los-delitos-contra-la-libertad-sexual> (Agosto 2020).

<sup>187</sup> Artículo 189 bis “Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendido en este Capítulo, se le impondrán las siguientes penas...”

<sup>188</sup> Con la entrada en vigor pasaría a encontrarse en el artículo 190 CP.

o inciten a la comisión de los delitos del CAPÍTULO V (prostitución, explotación sexual y corrupción de menores) los del CAPÍTULO II BIS (abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años) y los del IV (exhibicionismo y provocación sexual)<sup>189</sup>. Por último, del precepto se extrae que seguimos estando ante un delito común<sup>190</sup> y que, como sujetos pasivos, seguimos teniendo a los menores<sup>191</sup>.

El segundo anteproyecto que se pretende analizar es el relativo a la garantía integral de la libertad sexual. Hay que decir que ha habido varios en relación con este ámbito. Sin embargo, es el que se hizo público en marzo de 2020 el que aquí se va a analizar. Este anteproyecto de ley orgánica, si finalmente entra en vigor, modificaría el CP en varios aspectos. Su justificación se centra en modificar estereotipos, prejuicios sociales y pensamientos que perpetúan estas conductas<sup>192</sup>. Así mismo, en la exposición de motivos se adelanta la eliminación de la distinción entre abusos y agresiones sexuales, “considerándose agresiones sexuales todas aquellas conductas que atenten contra la libertad sexual sin el consentimiento de la otra persona”. Esto va a afectar tanto a los delitos con víctimas adultas, como con víctimas menores.

En lo que aquí respecta llama la atención es el cambio de rúbrica del Título VIII del Libro II, en el que se suprime el término “indemnidad sexual” para quedar como: “Delitos contra la libertad sexual”. Esto nos devuelve a las discusiones doctrinales acerca de la introducción o no del término indemnidad sexual en 1999<sup>193</sup>. En la primera parte del presente trabajo se quiso clarificar cuáles fueron los problemas a la hora de introducir el término de la indemnidad sexual. Ya se dijo que la indemnidad sexual debía ponerse siempre en relación con los menores, así como con la inexistencia de capacidad para decidir sexualmente. Para RAMON RIBAS, su inclusión tenía mucha relevancia. Para el autor, el contenido del injusto contemplado dentro de los delitos contra menores era de una intensidad mayor que cuando se producen entre adultos. Este apuntaba incluso que la libertad sexual debe aplicarse necesariamente a quienes tienen capacidad para decidir. Por lo que no podía protegerse una libertad sexual de los menores cuando a estos se les negaba la misma.

---

<sup>189</sup> Resulta raro que no se incluya el Capítulo III relativo al acoso sexual.

<sup>190</sup> Es decir, lo puede cometer cualquiera.

<sup>191</sup> No obstante, sigue habiendo distinción. En caso de los delitos del Capítulo II bis, los sujetos pasivos serían los menores de dieciséis. Y en los del capítulo IV y V, son menores de dieciocho.

<sup>192</sup> ¿Se está volviendo a una especie de moral penal?

<sup>193</sup> Cuando se introdujo el término indemnidad sexual.

Por el contrario, para RAMOS TAPIA el bien jurídico en los abusos sexuales a menores es el de la libertad sexual<sup>194</sup>. La autora añade que con la inclusión de la indemnidad sexual se estaría cuestionando la lesividad de las conductas sexuales con menores de muy corta edad, no pudiéndose atribuirse un daño para el desarrollo de su personalidad<sup>195</sup>. DIEZ RIPOLLÉS entendía innecesaria la inclusión de la indemnidad sexual. Entendía que la libertad sexual era lo suficientemente amplia para abarcar a menores e incapaces<sup>196</sup>. CABRERA MARTÍN en este sentido apoya la tesis de DIEZ RIPOLLÉS.

Por lo que respecta al articulado, a partir del punto trece de la disposición final primera<sup>197</sup> se establecen las modificaciones relativas a los delitos sexuales a menores que aquí interesan. Como se ha adelantado, los abusos sexuales se integran en las agresiones sexuales, por lo que en consonancia con la exposición de motivos, el Capítulo II del Título VIII del Libro II queda suprimido. Los abusos sexuales ya no existen. Junto con ello tenemos que el Capítulo II BIS actual, pasa a ser el Capítulo II denominados “De las agresiones sexuales a menores de dieciséis años”. Al igual que el anterior, los abusos quedan suprimidos. Es decir, cualquier atentado contra la libertad sexual<sup>198</sup> será agresión sexual.

Lo que aquí interesa es que el artículo 181 CP se modifica añadiendo una cláusula de exoneración de responsabilidad en caso de existir consentimiento libre. Parece extraño hablar en el mismo contexto de violencia o intimidación<sup>199</sup> y de consentimiento libre. El consentimiento libre tiene sentido cuando hablamos de abusos y no cuando hablamos de relaciones sexuales en las que medie violencia. En estos casos, un menor no puede consentir que se infligiera violencia. Sin embargo, la redacción utilizada abre esa posibilidad.

Por último, se modifica el artículo 183 ter CP relativo al delito *online child grooming*. Lo que viene a modificar es el sujeto activo. Actualmente este tipo delictivo lo podía cometer cualquiera, es decir,

---

<sup>194</sup> RAMOS TAPIA, “La tipificación...” op. cit. Pág. 112.

<sup>195</sup> RAMOS TAPIA, “La tipificación...” op. cit. Pág. 112.

<sup>196</sup> RAMÓN RIBAS “Capítulo VI: Los delitos...” op. cit. Pág. 192.

<sup>197</sup> Dedicada a la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>198</sup> Recuérdese que ya no se contempla la indemnidad sexual.

<sup>199</sup> Los artículos a los que se remite el precepto no son relaciones libres. Siempre que se habla de agresión, ha de ponerse en relación con los conceptos de violencia e intimidación. El artículo 1.2 del Anteproyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia establece que “a los efectos de esta ley, se entiende por violencia toda forma de perjuicio o abuso físico, mental o moral, sea cual fuera su forma de comisión, incluida la realizada por medio de las tecnologías de la información y la comunicación. En todo caso se entenderá por violencia el maltrato físico, psicológico o emocional, los castigos físicos, humillantes o denigrantes, el descuido o trato negligente, la explotación, las presiones y los abusos sexuales, la corrupción, el acoso escolar, la violencia de género, la mutilación genital femenina, la trata de seres humanos con cualquier fin, el matrimonio infantil, así como los actos de omisión producidos por las personas que deban ser garantes de la protección de las personas menores de edad”.

lo podían cometer tanto adultos como menores de edad. Sin embargo, con la entrada en vigor del presente anteproyecto, hablaríamos de un delito especial, ya que solamente lo podrían cometer personas mayores de edad<sup>200</sup>.

Con todo ello vemos que este último anteproyecto parece que sigue la línea doctrinal de DIEZ RIPOLLÉS en cuanto a la innecesaridad del término “indemnidad sexual”.

Por último, como ya no existen abusos, por lo tanto, los actos sexuales sin violencia ni intimidación pasan a formar parte del 181 CP. Sin embargo, nada dice sobre la derogación del 183 CP, por lo que quedarían vigentes tanto el nuevo 178 CP (el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual, y el anterior 183 (el que realizare actos de carácter sexual). Al entender que el nuevo 178 CP acoge todas las conductas del 183 CP, este último se entendería derogado de hecho. Sin embargo este último es más amplio que el nuevo 178. De este modo aquellas conductas que no atenten contra la libertad sexual, pero que si sean actos de carácter sexual, podrán seguir siendo punibles al amparo del viejo 183 CP<sup>201</sup>.

---

<sup>200</sup> Para VILLACAMPA ESTIARTE, la supresión de los menores como sujetos activos tiene sentido. En primer lugar, porque el legislador al incorporar estos delitos contra menores estaba pensando en delitos cometidos por adultos contra menores. En segundo lugar, la Directiva que ha venido obligando a modificar el CP solo exigía la incriminación de los supuestos en que sea un adulto quien efectúe la proposición al menor. Por último, entiende que, ya que se está adelantando la barrera punitiva, concretamente en este tipo de delito, lo más acertado conforme a los principios básicos del Derecho Penal es la limitación de el mismo. VILLACAMPA ESTIARTE, “*El delito de online...*” op. cit. Pág. 171 y 172.

<sup>201</sup> Puede verse a este respecto la opinión DE LA MATA BARRANCO en <https://almacenederecho.org/la-reforma-proyectada-en-los-delitos-contra-la-libertad-sexual> (Agosto 2020).

## 5. CONCLUSIONES.

En relación con el bien jurídico podemos concluir que, a lo largo de la evolución de nuestro Código penal, el bien jurídico protegido de estos delitos sexuales ha sido una de las cuestiones más debatidas doctrinalmente. Se observa cómo existen dos grupos doctrinales muy diferenciados. Minoritariamente tendríamos a aquellos que abogan por la supresión del término indemnidad sexual, entendiendo que la libertad sexual es suficiente. Y, por otro lado, aquellos que refuerzan la idea del mantenimiento del término en disputa. Así mismo, no queda del todo claro si se trata de dos bienes jurídicos diferenciados o si, por el contrario, uno es un apéndice del otro. Tenemos por lo tanto un bien jurídico muy oscuro, que en caso de entrar en vigor el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía integral de la libertad sexual, clarificaría. Ello sería consecuencia de la supresión total del término indemnidad sexual, acogiendo como buena la tesis de DIEZ RIPOLLÉS la cual mantiene la suficiencia de la libertad sexual como para abarcar todos los delitos sexuales, tanto contra adultos como contra menores.

Por otro lado, y en relación con los distintos delitos, vemos la existencia de solapamientos entre los delitos examinados. Esto se debe principalmente a la necesidad de adecuar el ordenamiento español a las exigencias europeas, concretamente a la Directiva 2011/93/UE<sup>202</sup>, lo que ha provocado una técnica legislativa defectuosa y nada deseada, provocando también dificultades interpretativas debido a que los delitos así descritos no cohabitan bien.

A mi juicio, la regulación de los delitos adolece de una técnica legislativa imperfecta, cuyo único objetivo ha sido cumplir con los mandatos europeos, sin haber siquiera revisado la regulación presente en el momento de la modificación. Así mismo, la regulación de estos delitos está permitiendo el adelantamiento de la barrera punitiva, quebrando principios básicos del derecho penal como los de proporcionalidad e intervención mínima.

El objetivo planteado del trabajo, principalmente, era clarificar todas estas cuestiones que se encuentran diversas dentro de la doctrina: aglutinar todos los problemas planteados durante la evolución de nuestro Código penal y por último aprovechar la reciente propuesta de modificación del mismo y comparar legislativamente los cambios que produciría su entrada en vigor. Las dos propuestas modificativas en este sentido creo son un acierto en cuanto suprimen por completo el término indemnidad sexual, que lo único que planteaba eran problemas doctrinales antiguos y necesitados de superación.

---

<sup>202</sup> Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo.

Sin embargo, han producido cierta oscuridad en tanto que los abusos sexuales se integran en las agresiones. Su justificación es fruto de la política criminal que desde hace tiempo viene influyendo en las modificaciones de nuestro ordenamiento penal y que, a pesar de todo, no creo que estén solucionando tanto como los problemas que están suscitando.



## 6. BIBLIOGRAFÍA.

AGUADO LOPEZ, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en VILLACAMPA ESTIARTE, “*Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores*, Navarra: Aranzadi, 2015.

CABRERA MARTÍN, *La victimización sexual de los menores en el código penal español y en la política criminal internacional*, Madrid: Dykinson, 2019.

DIAZ MORGADO, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, en M Corcoy Bidasolo, *Manual de derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

DIAZ MORGADO, “Titulo VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en M. Corcoy Bidasolo, S. Mir Puig, *Comentarios al Código Penal: reforma lo 1/2015 y LO 2/2015*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

DIEZ RIPOLLÉS, “El bien jurídico protegido en un derecho penal garantista”, *Jueces para la democracia*, nº30, 1997.

GARCIA FUEYO y GARCÍA SANCHEZ, *Diego de Covarrubias y Leyva: suma de delictis et eorum poenis. Año 1540*, Universidad de Oviedo, 2018.

MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

RAMON RIBAS, “Capitulo VI: Los delitos de exhibicionismo y provocación sexual. Identificación del bien jurídico protegido incidencia práctica de la elección realizada”, en C. Villacampa Estiarte, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

RAMOS TAPIA, “La tipificación de los abusos sexuales a menores: Proyecto de Reforma de 2013 y su adecuación a la Directiva 2011/92/UE”, en Villacampa Estiarte, “*Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores*”, Navarra: Aranzadi, 2015.

ROPERO CARRASCO, “Reformas penales y política criminal en la protección de la indemnidad sexual de los menores. El Proyecto de 2013”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIV, 2014.

VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.